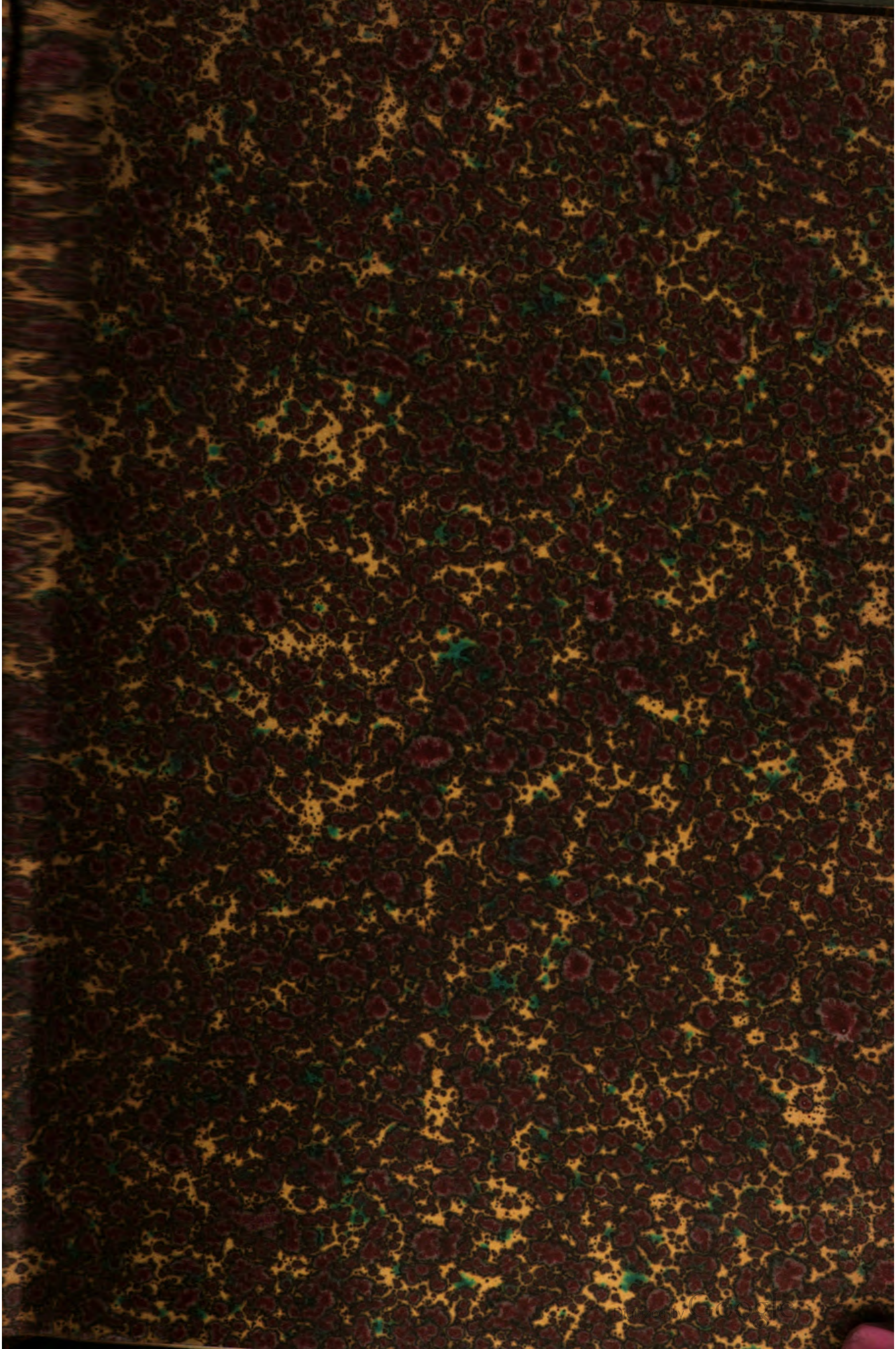

044 103 194 114


CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG



Germany. Laws, statutes, etc. Codes, Criminal

C

Kommentar

zum

Strafgesetzbuch

für das Deutsche Reich,

einschließlich der Strafbestimmungen der Konkursordnung.

Von

Dr. Justus Olshausen,
Oberreichsanwalt.

Siebente Auflage,
neu bearbeitet unter Mitwirkung
von

Dr. A. Zweigert, Reichsanwalt.

Zweiter Band.



Berlin, 1906.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8, Mohrenstraße 13/14.

Nachwort.

Zwischen dem Erscheinen der ersten Lieferung dieser Auflage (Oktober 1904) und dem der Schlußlieferung liegen anderthalb Jahre. Dieser Umstand hat die Beigabe einer großen Reihe von Nachträgen, die jedoch nur die Rechtsprechung, nicht die Literatur betreffen, erforderlich gemacht. Auch einige Berichtigungen haben Aufnahme gefunden; es sei insbesondere auf die S. 181 N. 14 betreffende hingewiesen, die ein unliebsames Versehen richtig stellt.

Trotz des Bemühens möglichst zu kürzen, hat die neue Auflage gegenüber der vorigen eine Vermehrung von sieben Bogen erfahren, von denen allerdings die Hälfte auf die Strafbestimmungen der Konkursordnung entfällt, die — von Herrn Reichsanwalt Dr. Zweigert bearbeitet — zum ersten Male Aufnahme im Kommentar gefunden haben, wie ich hoffe unter Billigung aller derjenigen, die ihn in Benutzung zu nehmen pflegen. Im übrigen verdanke ich Herrn Dr. Zweigert im zweiten Bande die Neubearbeitung der wichtigen und schwierigen Abschnitte 22 und 23, Betrug und Untreue, sowie Urkundenfälschung betreffend.

Leipzig, den 24. Februar 1906.

Dr. J. Olshausen.

Inhaltsübersicht.

XVII. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Zweiter Teil.

Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und deren Bestrafung.

Funfzehnter Abschnitt.
Zweikampf.

1) Wegen des Verhältnisses des Abschn. 15 zu dem entsprechenden Tit. 14 des PrStGB. vgl. N. 1 zum Abschn. 15 in der 5. Aufl. des Kommentars.

2) Abschn. 15 regelt die Materie des Zweikpfs i. S. des EG. § 2; daraus, daß nur der Zweikpf mit tödlichen Waffen für strafbar erklärt worden, ist indirekt zu folgern (vgl. EG. § 2 N. 5), daß jede andere Art des Zweikpfs straflos sein solle. Demnach sind die Landesgesetze über die kriminelle Bestrafung des Zweikpfs (Duells) außer Kraft getreten; sie gehören, eben weil die Regelung der Materie im StGB. selbst erfolgt ist, nicht zu den durch EG. § 2_2 (das. N. 8) aufrechterhaltenen „besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts". Es gilt dies namentl. hinsichtlich derjenigen Landesgesetze, welche die Bestrafung des Zweikpfs der Studenten betreffen, mögen sie auch ausschließlich eine disziplinäre Verfolgung vorschreiben. Landesgesetze über kriminelle Bestrafung des Zweikpfs sind ungültig, demgemäß auch Art. 8 des BadEGStGB. v. 23. Dez. 1871, wonach die mit Schlägern vollzogenen Zweikämpfe (soweit sie nicht unter T. II Abschn. 15 StGB. fallen) mit Haft bestraft werden sollen. Gegen diese Ansicht läßt sich nicht geltend machen, daß neben den vorbildlichen Bestimmungen des PrStGB. (N. 1) die besonderen PrGesetze über die Bestrafung der Duelle der Studierenden in Kraft geblieben seien; denn die Besonderheiten, die den Studentenduellen in Pr. eingeräumt waren, hingen mit dem persönlichen eximierten Gerichtsstande der Studenten zusammen, nicht aber mit Unterschieden in den Tatbestandsmerkmalen; die in der PrGesetzgebung nach dem Erfolge des Zweikpfs gemachte Unterscheidung hinsichtlich der Bestrafung durch die ordentlichen Gerichte bzw. durch die akademischen Disziplinargerichte kam mit Inkrafttreten des RStGB. in Wegfall, da bei diesem von einem stillschweigenden Vorbehalte, wie ihn Pr. bei Einführung seines StGB. für seine akademische Gerichtsbarkeit gemacht hatte, nicht die Rede sein konnte. So: RG. VStS. 6. März 83 E. 8 87, ferner III 2. Juni 80, 22. Feb., 20. Mai 82, E. 1 443, 6 61, R. 4 501 (s. jedoch N. 3), Berlin OTr. 6. Juni 77 St. 7 295, Berner S. 505, Binding Hb. 1 316, 321, Geyer 2 15, 86, Hälschner 2 944 (anders früher GS. 34 15), v. Liszt S. 331, H. Meyer S. 497, Meves § 208 N. 7 u. StrZ. 13 264 N. 1, Oppenh.-D. N. 5, Rubo S. 731 N.*, Zimmermann GS. 30 10, Levi Zweikpf. S. 110, Berger Amerik. Duell ꝛc. S. 47. AM.: Berlin OAG. 9 Nov. 72, 7. Feb. 73, St. 2 138, 213, Schütze S. 292 N. 3, Teichmann HH. 3 392 (beide das Studentenduell überhaupt nicht für einen Zweikampf haltend), Frank N. IV, Rüd.-St. N. 4, Sontag ZStrW. 2 6, v. Buri, Kronecker, Villnow, GS. 34 359, 35 233, 37 629 (die wesentlich auf Grund der PrSondergesetzgebung annehmen, daß eine erschöpfende Regelung nicht beabsichtigt gewesen sei), Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 96.

3) Aus der Regelung der Materie des Zweikpfs (N. 2) in Verbindung mit dessen Natur (§ 201 N. 2) ergibt sich, daß, wenn ein Zweikpf., weil er nicht mit tödlichen Waffen ausgefochten wird, straflos ist, auch die in ihm zugefügten Körperverletzungen nicht aus Abschn. 17 bestraft werden können; soweit solche vorkommen, bilden sie einen Bestandteil des Zweikpfs selbst und sind, wie dieser, straflos. So: Binding Hb. 1 368, 724 u. Lb. 1 69, Geyer 2 15, v. Liszt S. 331, Frank N. III, Sontag ZStrW. 2 7, v. Buri, Zimmermann GS. 34 357, 392, sowie wesentlich wegen Anwendung des volenti non fit injuria: Rödenbeck Zweikampf S. 19, Kronecker, Villnow GS. 35 216 ff., 37 616, Keßler Einwillgg. d. Verl. S. 95. AM. die N. 2 zitt. RG., Hälschner 2 944 N. 1 u. GS. 34 17, 35 171 ff., Merkel S. 305 u. HRl. „Zweikpf", H. Meyer S. 493, Oppenh.-D. N. 4.

4) Dagegen ist mit der Regelung der Materie die fortdauernde Geltung der Landesgesetze vereinbar, insoweit sie lediglich den disziplinären Gesichtspunkt ins Auge

fassen (EG. § 5 N. 6); München KassH. 25. Jan. 73 E. 3 34, Berner S. 505, Binding Hb. 1 316 N. 1, Geyer 2 15, v. Liszt S. 331, Merkel HRl. „Zweikpf.".

5) Die Vorschriften des Abschn. 15 kommen gemäß MStGB. § 3 auch gegen aktive Militärpersonen zur Anwendung, da der Zweikpf. bzw. die Herausforderung dazu, abgesehen von dem besonderen Falle des MStGB. § 112, zu den militärischen V. o. V. nicht gehört; des militärischen Verg. aus MStGB. § 112 können übrigens unter Umständen nach § 113 das. auch Personen des Beurlaubtenstandes sich schuldig machen.

Betreffs Begründung der Militärstrafgerichtsbarkeit wg. Zweikampfsdelikte i. w. S., begangen von gewissen, an sich nicht jener Gerichtsbarkeit unterstellten Personen, vgl. MStGO. §§ 5², 11.

§. 201.

Die Herausforderung zum Zweikampf mit tödtlichen Waffen, sowie die Annahme einer solchen Herausforderung wird mit Festungshaft bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. § 164. Entw. I § 174, II § 196.

Zu §§ 201—210. Begriff des Zweikampfes N. 1—15.

1) Das StGB. gibt keine Definition des Zweikampfes. Es ist deshalb auf Grund der einzelnen positiven Bestimmungen des Abschn. 15 und seiner Entstehung aus dem Tit. 14 des PrStGB. sowie nach Maßgabe der Bedeutung des Wortes „Zweikampf" im Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens festzustellen, welchen Begriff das StGB. mit „Zweikampf" verbindet; vgl. Hälschner 2 940 u. GS. 34 2, 35 168, das Gesetz habe den Zweikpf. in dem durch Herkommen u. Sitte festgestellten Sinne des Wortes im Auge, setze ihn als einen „erfahrungsmäßig gegebenen" voraus.

Wie im folgenden näher zu begründen ist, erscheint als Zweikampf im Sinne des StGB. der vereinbarte, nach Regeln sowie unter Gebrauch tödlicher Waffen von gewisser Art und wesentlich gleicher Beschaffenheit stattfindende Kampf zwischen zwei Personen; ähnlich RG. II 20. Sept. 81 E. 4 408, ein zwischen zwei Personen verabredeter ernstlicher Kampf mit tödlichen Waffen nach vereinbarten oder hergebrachten Regeln.

2) Ein ernsthafter Kampf muß vor allem vorliegen, d. h. die Aufwendung eigener Körperkraft und Geschicklichkeit behufs wirklicher körperlicher Besiegung des Gegners; aM. H. Meyer S. 491 N. 11, insofern er den letzteren Zweck nicht für wesentlich erachtet, ferner Levi Zweikpf. S. 94, der nicht einmal Verletzungsabsicht erfordert. Demgemäß umfaßt der Zweikampf begrifflich eine Reihe Einzelhandlungen; v. Liszt S. 238. Die zu diesem Zwecke vorgenommene Körperverletzung bzw. Tötung des Gegners ist deshalb naturgemäß ein bloßer Akt des Kampfes selbst, nicht aber eine selbständige Hdlg. (Abschn. 15 N. 3); so die GM.

3) Der Charakter des Kampfes wird dadurch nicht aufgehoben, daß von einer Seite davon abgesehen wird, dem Gegner etwas anzuhaben; verzichtet der andere Teil nicht gleichfalls auf die Erreichung des Zieles eines Zweikpfs, so bleibt ein wahrer Kampf bestehen, bei dem jedoch eigentümlicherweise der eine Teil lediglich Angreifer, der andere lediglich Verteidiger ist. So: Hälschner 2 941, Rüd.-St. § 205 N. 1, v. Schwarze § 202 N. 5, Maurer Zweikpf S. 27, Villnow GS. 37 617, Levi Zweikpf S. 94. AM. Meves § 208 N. 4.

Besteht dagegen auf keiner Seite die Absicht, den anderen zu überwinden, wollen z. B. beide in die Luft schießen, so liegt ein bloßer Scheinkampf vor, der sonach nicht unter die Bestimmungen des Abschn. 15 fallen kann (vgl. § 205 N. 1₂, insbs. das dort zit. RG. E. 21 146); so: Hälschner aO., Merkel S. 304, Frank Abschn. 15 N. I 1 u. Levi aO., während H. Meyer S. 491 f. den Begriff des Zweik. nur dann für ausgeschlossen erachtet, wenn die Absicht einer Verletzung beiden Teilen fehle und dies beiderseitig bekannt sei.

Noch weniger unterliegt das sog. Kampfspiel jenen Bestimmungen; denn bei ihm ist die mangelnde Ernsthaftigkeit des Kampfes (der Ausschluß der Verletzungsabsicht) offenbar und auch für unbeteiligte Dritte unzweifelhaft; Hälschner 2 949, H. Meyer S. 491 N. 11.

Dagegen fehlt die Ernsthaftigkeit des Kampfes keineswegs bei den sog. Studentenmensuren, da auch bei diesen jeder Teil danach strebt, dem Gegner derartige Körper-

verletzungen zuzufügen, daß er das Duell nicht mehr fortsetzen kann (vgl. jedoch N. 14); so: RG. I 10. Juli 82 E. 7 29, München KassH. 25. Jan. 73 E. 3 34, Sontag ZStrW. 2 4, Kronecker GS. 35 203, Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 88; aM.: Teichmann HH. 3 392, Schütze S. 293 N. 7 u. Notw. Teiln. S. 328 f., Villnow GS. 37 614, 628 (btr. der Bestimmungsmensuren), annähernd auch H. Meyer S. 492, es sei zweifelhaft, ob bei Anwendung der gewöhnlichen Schutzmaßregeln noch ein Kampf vorliege.

4) Das Merkmal des Kampfes fehlt gänzlich bei dem sog. amerikanischen Duell. Es ist deshalb auch kein Zweikampf; so die GM., bis auf Lüder G. 13 540 u. Schütze S. 293 N. 7, welche die §§ 202, 206 zur Anwendung bringen wollen. Die Handlung — ein Würfelspiel ums Leben — ist vielmehr für beide Teile straflos. So: Geyer 2 14, Hälschner 2 941, v. Holtzendorff HH. 3 417, v. Liszt S. 329, Merkel S. 304, H. Meyer S. 491, v. Wächter S. 354 N. 19, Frank Abschn. 15 N. I 1, Rubo § 211 N. 6, Ortloff G. 31 152, Levi Zweik. S. 96, Berger Amerik. Duell rc. S. 14 ff., Gwinner Amerik. Duell (Diss. Augsburg 1892) S. 29, „im allgemeinen" auch Villnow GS. 37 617. AM.: Binding Hb. 1 702 u. Lb. 1 26 (es sei als Nötigg. z. Selbstmorde Mord o. Totschlag), Kohler Studien 1 144 N. ** (ähnlich, meist finde jedoch § 216 Anwendung), Oppenh.-D. § 211 N. 7 (es könne möglicherweise § 222 Platz greifen).

5) Wie schon der Name andeutet, darf es nur um einen Kampf unter „zwei Personen" sich handeln; ein unter mehr Personen stattfindender Kampf ist ein sog. Raufhandel (§ 227).

Welchem Geschlechte und welchem Stande die kämpfenden Personen angehören, ist an sich gleichgültig, wenn nur im übrigen die Voraussetzungen eines Zweikpfs vorliegen. Ein Zweikpf. kann deshalb namentl. auch unter solchen Personen stattfinden, die im allgemeinen oder in gewissen Kreisen nicht für „satisfaktionsfähig" gehalten werden.

6) Der Kampf muß ein unter den beiden Parteien vereinbarter sein; Berner S. 502, Hälschner 2 940, v. Liszt S. 330, Merkel S. 304, Schütze S. 293, Teichmann HH. 3 392, Rödenbeck Zweikpf S. 10, Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 88 f., Levi Zweikpf S. 90, 119. Einem jeden Zweikpf müssen deshalb eine Herausforderung und deren Annahme als notwendige Vorbereitungshdlgen vorausgehen; sie fehlen auch nicht, wie die GM. mit Recht annimmt, bei dem sog. Renkonter. Dagegen ist die sog. Attacke, d. h. ein Angriff unter dem Aufrufe zur Gegenwehr, niemals ein Zweikpf., weil eine freie Vereinbarung jedenfalls ausgeschlossen ist; so: Berner aO., Binding Lb. 1 71, Geyer 2 14, Hälschner, v. Liszt aO., Merkel HRl. „Zweikpf", Teichmann HH. 3 392, v. Wächter S. 354, Frank Abschn. 15 N. I 3, Meves § 208 N. 5, v. Schwarze S. 586, Villnow GS. 37 629, Levi aO.; aM.: Schütze S. 294, Oppenh.-D. Abschn. 15 N. 2, Rüd.-St. Abschn. 15 N. 2; bei der Attacke befindet sich deshalb der Angegriffene im Zustande der Notwehr (§ 53), von der beim Zweikpf nicht die Rede ist, weil bei diesem jedem der beiden Teile die Rolle des Angreifers und nur folgeweise die des Verteidigers zufällt.

Da der Kampf ein unter zwei Personen vereinbarter ist, so enthält der Zweikpf einen Fall der sog. notwendigen Teilnahme (T. I Abschn. 3 N. 11), dessen Eigentümlichkeit darin sich zeigt, daß das erforderliche Zusammenwirken als ein „aktuelles Entgegenwirken" der beiden Mittäter (Parteien, Gegner) sich darstellt; RG. II 20. Sept. 81 E. 4 408, Schütze S. 293 u. Notw. Teiln. S. 318, 330.

7) Der Kampf muß „nach bestimmten Regeln" stattfinden, die „vereinbart oder hergebracht" sein können (§ 207); aM. lediglich Villnow GS. 37 618. Zur nötigen Feststellung der Regeln eines konkreten Zweikpfs dient die Herausforderung und deren Annahme (N. 6). Enthalten diese eine ausdrückliche „Vereinbarung" der Kampfesregeln nicht, so finden die Regeln Anwendung, die bei der getroffenen Wahl der Waffen hergebracht sind. Vgl. übrigens § 207 N. 6.

8) Der Kampf ist ein solcher mit „Waffen", weshalb das Boxen als Zweikpf nicht angesehen werden kann; so: Hälschner 2 491, v. Liszt S. 330, Teichmann HH. 3 394, v. Schwarze § 202 N. 2; aM.: Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 88, Rödenbeck Zweikpf S. 9, Levi Zweikpf S. 90, 92.

9) Als Waffen kommen hier nur solche im technischen Sinne (§ 127 N. 2a) in Betracht (N. 11), nicht aber, wie H. Meyer S. 492 u. Villnow GS. **37** 621 annehmen, alle derartigen Waffen, sondern nur die nach der Sitte des Landes bzw. der Heimat der Parteien gebräuchlichen Waffen; gewisse Waffen sind beim Zweikpf. ausgeschlossen. So die GM., insbs.: **RG.** I 10. Juli 82 E. **7** 29, Dresden 6. März 76 St. **6** 280, während Levi Zweikpf S. 98 und ihm sich anschließend Frank Abschn. 15 N. II 1 zu der weiteren Auslegung gelangen, Waffen seien alle zum Angriffsmittel gg. Menschen tauglichen Gegenstände der äußeren Natur, falls sie i. c. zum Kampfmittel im Zweikpf bestimmt würden.

10) Der Natur eines geregelten Kampfes entspricht es, daß die Parteien unter wesentlich gleichen Voraussetzungen kämpfen. Zur Erfüllung dieses Erfordernisses wird es zwar einerseits nicht genügen, daß beide Parteien einer Waffe gleicher Art (also z. B. einer Schußwaffe) sich bedienen (Meves § 208 N. 3), andererseits aber erscheint eine völlige Gleichheit der Waffen nicht unbedingt notwendig; einer solchen kann unter Umständen nicht entsprochen werden, dennoch aber durch die Beschaffung von Waffen derselben Art und annähernd gleicher Güte der Charakter eines geregelten Kampfes gewahrt werden. So v. Liszt S. 330 (der aus demselben Grunde auch eine gewisse Gleichwertigkeit der Gegner fordert), H. Meyer S. 493 u. Frank Abschn. 15 N. II 1, während die GM. die Gleichheit der Waffen fordert. AM. ferner Schütze S. 293 N. 7, Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 89 und Villnow GS. **37** 622, auf die Beschaffenheit der Waffen sei kein Gewicht zu legen.

11) Daß die Waffen „tödliche" sein müssen, wird von manchen aus dem „ehrenhaften, edlen Charakter" des Zweikpfs gefolgert. Allein da der Zweck des Zweikpfs — die körperliche Besiegung des Gegners (N. 2) — auch schon durch eine erhebliche Verwundung des letzteren erreicht werden kann, so werden begrifflich zum Zweikpf nur „gesundheitsgefährliche" Waffen erfordert; ein Kampf, bei dem nicht einmal solche Waffen zur Anwendung kommen, würde nur als ein Kampfspiel oder Scheinkampf, nicht aber als ein ernsthafter Zweikpf anzusehen und deshalb den Vorschriften des Abschn. 15 gar nicht unterworfen sein; Teichmann HH. **3** 395, Schütze S. 293 N. 7 u. Notw. Teiln. S. 327, Rubo N. 1. Durch den Begriff des Zweikpfs werden hiernach tödliche Waffen nicht bedingt; so, außer Schütze: Meves § 208 N. 2, v. Buri GS. **34** 357, Rödenbeck Zweikpf S. 16, Kronecker GS. **35** 229 ff., Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 87.

Dennoch nimmt die GM., insbs. auch **RG.** III 2. Juni 80, 22. Feb. 82, BStS. 6. März 83, E. **1** 443, **6** 61, **8** 87 — unter alleiniger Ausnahme von Schütze S. 293 u. Ortloff G. **31** 171 — mit Recht an, daß die Bestimmungen des Abschn. 15 lediglich auf einen Zweikpf „mit tödlichen Waffen" (N. 12 f.) sich beziehen, obgleich nur im § 201 von einer Herausforderung zu einem solchen Zweikpf die Rede ist, in dem gesamten übrigen Teile des Abschnittes aber immer nur vom „Zweikpf" schlechthin gesprochen wird. Die GM. stützt sich auf die Entstehungsgeschichte des Tit. 14 des PrStGB. und die Auslegung, welche dieser in der Theorie und Praxis gefunden hat.

Die Theorie und Praxis haben nie in der Annahme geschwankt, daß Tit. 14 des PrStGB. durchweg nur den Zweikpf mit tödlichen Waffen im Auge gehabt. Mit Recht hat hiernach die GM. ein gleiches hinsichtlich des Abschn. 15 des RStGB. angenommen und namentlich die Auffassung vertreten, daß die §§ 205 ff. nur vom Zweikampf mit tödlichen Waffen zu verstehen seien. Daraus folgern Binding Lb. **1** 69, Geyer **2** 14, v. Liszt S. 330, Sontag ZStrW. **2** 3, Hälschner **2** 948, 950 u. GS. **34** 8 u. a. zutreffend, daß der Strafgrund des Zweikpfs nach dem StGB. die Lebensgefährdung sei, während der Zweikpf begrifflich (s. o. Abs. 1) nur Lebens- oder Leibesgefährdung fordert; H. Meyer S. 490, Zimmermann GS. **34** 392. Abweichend nimmt Levi Zweikpf. S. 111 f. an, das Zweikpfverg. sei „zunächst ein Polizeidelikt", das StGB. habe jedoch diesen Charakter nicht rein durchgeführt; gegen die „Degradierung" zum Polizeidelikt Binding aO. S. 70, unter Hinweis auf das § 205 N. 1_3 zit. **RG.** E. **21** 146.

12) Das Beiwort „tödlich" zur näheren Bestimmung der Waffe ist, wie die Revision des Entw. z. PrStGB. v. 1843 bemerkt (N. 11), offenbar nur in abstracto gebraucht; es hat dadurch somit keinesfalls bezeichnet werden sollen, daß die Anwendung der Waffe in

jedem konkreten Falle zum Tode des Gegners führen müsse. Trotzdem bestehen über die Bedeutung des Wortes erhebliche Zweifel.

Unberechtigt erscheint zunächst die überwiegend vertretene Auffassung (so jedoch: RG. III 2. Juni 80, I 10. Juli 82, E. 1 443, 7 29, München KassH. 25. Jan. 73 E. 3 34, Darmstadt 27. Aug. 77 G. 25 464, Geyer 2 14, Teichmann HH. 3 394, Meves § 268 N. 2, Oppenh.-D. Abschn. 15 N. 3, Rubo N. 2, Sontag ZStrW. 2 2, Zimmermann, Hälschner, v. Buri, GS. 30 2, 34 12, 354, Levi Zweikpf. S. 102), daß als „tödlich" eine Waffe schon dann anzusehen sei, wenn sie den Tod des Gegners herbeiführen könne bzw. zur Beibringung tödlicher Verletzungen geeignet sei; das ist einer jeden Duellwaffe (N. 9) eigentümlich. Weiterhin ist aber auch die Ansicht, die Dresden 6. März 76 St. 6 280, H. Meyer S. 492, v. Kries, Rotering, G. 25 48, 31 279 vertreten, nicht richtig, daß nämlich eine Waffe nur dann eine tödliche sei, wenn eine durch ihre bestimmungsgemäße Anwendung herbeigeführte Verletzung in der Regel den Tod herbeiführe; hiergegen spricht, abgesehen davon, daß keine einzige der üblichen Duellwaffen diese Eigenschaft besitzt, der Umstand, daß bei der Redaktion des PrStGB. das Beiwort „tödlich" augenscheinlich nur deshalb gewählt wurde, um Waffen im techn. S. (N. 9), insbs. „das Seitengewehr und Schießgewehr" (PrALR. II 20 § 689), zu bezeichnen und dadurch die Stöcke und andere minder gefährliche Instrumente (das. § 690) auszusondern; wenn nun auch hieraus nicht zu folgern ist, daß alle Waffen im techn. S. als „tödliche" Waffen anzusehen seien (so jedoch Hälschner; s. u.), so geht doch aus obigem so viel hervor, daß das Beiwort „tödlich" entschieden nicht lediglich solche Waffen bezeichnen sollte, deren bestimmungsgemäße Anwendung regelmäßig todbringend ist.

Demnach wird man für die Begriffsfeststellung des Eigenschaftswortes „tödlich" nicht von der Wirkung, sondern vielmehr von der Bestimmung der Waffe auszugehen haben und demgemäß — abgesehen von dem selbstverständlichen Erfordernisse, daß die Waffe geeignet sein müsse, tödliche Verletzungen zuzufügen — als „tödliche Waffen" solche zu erachten haben, die zur Zufügung von tödlichen Verletzungen bestimmt sind; so: v. Liszt S. 330, Merkel HRl. „Zweikpf.", Kronecker GS. 35 210 f., Keßler Einwillig. d. Verl. S. 95, ferner Hälschner 2 945, der freilich zu dem Ergebnis kommt, mit einer „tödlichen Waffe" sei lediglich eine Waffe im techn. S. gemeint; den Gegensatz zum Zweikpf. mit tödl. Waffen bilde nicht der Kampf mit „nicht-tödl. Waffen", denn solche gebe es nicht, sondern der Kampf „nicht mit tödl. Waffen", d. h. mit Gegenständen, die nicht Waffen im techn. S. seien; ebenso auch Merkel S. 305, das Merkmal weise auf Waffen im techn. S. hin.

13) Nach der Ausführung in N. 12 ist die Frage, ob es im konkreten Falle um einen „Zweikpf mit tödlichen Waffen" sich handele, lediglich nach der Qualität der Waffe in abstracto unter Berücksichtigung ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs zu entscheiden; da es um eine Eigenschaft der Waffe als solcher sich handelt, so können Schutzmaßregeln, wie sie namentl. bei studentischen Schlägermensuren gebräuchlich sind, — also die Eigenschaft des Kampfes in concreto — nicht ins Gewicht fallen. Demgemäß bestimmen die Tödlichkeit der Waffe abstrakt: RG. VStS. 6. März 83 E. 8 87, I 12. Apr. 83 R. 5 230, Hälschner 2 946, H. Meyer S. 492 (s. jedoch o. N. 3_4), Meves § 208 N. 2, v. Schwarze N. 2, Sontag ZStrW. 2 2, Zimmermann, Hälschner, Kronecker, GS. 30 9, 34 392, 12, 35 210 f. Entgegengesetzt berücksichtigen die konkreten Umstände des Kampfes, insbs. die Ausrüstung der Duellanten, außer den N. 12_2 zitt. Entsch.: RG. I 10. Juli, III 22. Feb., 20. Mai 82, E. 7 29, 6 61, R. 4 501, Berlin 5. Nov. 74 O. 15 748, Dresden 6. März 76 St. 6 280, Binding Lb. 1 69, Geyer 2 14, v. Liszt S. 330, Teichmann HH. 3 394, Frank Abschn. 15 N. II 2, Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 95, v. Buri, Rödenbeck, Billnow, GS. 34 355, 35 327, 37 144, 621, Levi Zweikpf. S. 104.

14) Ganz besonders bestritten ist die Frage, ob die studentischen Schlägermensuren unter den Begriff des strafb. Zweikpfs i. S. des Abschn. 15 zu subsumieren seien. Die Frage ist zu verneinen, weil der geschliffene Schläger nicht als eine „tödliche Waffe" in dem N. 12_3 erläuterten Sinne anzusehen ist; er ist seinem Zwecke nach gerade keine

tödliche Waffe, wenn auch ausnahmsweise eine damit zugefügte Verletzung eine tödliche sein kann; der dieser Waffe als solcher beiwohnenden Bestimmung entspricht ein derartiger Erfolg nicht; so Kronecker GS. 35 214, ferner Merkel S. 305 (ein student. Schläger sei keine Waffe im techn. S.); aM.: Hälschner 2 945 N. 4, H. Meyer S. 492. Die Strafbarkeit der fraglichen Mensuren wird ferner verneint: mit Rücksicht auf die konkreten Schutzvorrichtungen, falls diese die Möglichkeit einer tödlichen Verletzung nach menschlichem Ermessen ausschließen, von den N. 13 genannten Anhängern der relativen Theorie, insbs. von Binding u. Frank, auch von Beling S. 64, der aber zugleich die Beschaffenheit der Waffen betont, sowie, trotz der Annahme „tödlicher Waffen", von Sontag ZStrW. 2 5 u. Berger Amerik. Duell ꝛc. S. 40, von diesen aus dem Gesichtspunkt, weil die notwendige Voraussetzung der Lebensgefährlichkeit des Zweikpfs (N. 11 aE.) in concreto ausgeschlossen sei, von H. Meyer aO., weil kein Kampf mehr vorliege (N. 3$_4$), endlich von Hälschner GS. 34 11 aus dem Grunde, weil bei solchen Mensuren (die wesentlich sog. Bestimmungsmensuren seien), der Dolus fehle, die Absicht der Parteien mangele, auf dem Wege der Selbsthilfe mit der Waffe Genugtuung für eine Ehrenkränkung zu verlangen und zu gewähren (s. u. N. 15), dagegen im D. Strafr. 2 950 aus dem Grunde, weil den Duellanten bei ausreichenden Schutzmaßregeln das Bewußtsein u. der Wille fehle, das Leben des Gegners in Gefahr zu bringen. Andererseits bejahen die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Abschn. 15, weil geschliffene Schläger stets als „tödliche Waffen" anzusehen seien, RG. VStS. 6. März 83 E. 8 87 sowie die N. 13 zitt. Meves, v. Schwarze u. Zimmermann.

Über die Frage, ob die Landesgesetzgebung eingreifen könne, sowie darüber, ob die zugefügten Verletzungen aus Abschn. 17 strafbar seien, vgl. Abschn. 15 N. 2, 3.

15) Wie das Motiv des Täters für den Deliktstatbestand in der Regel unerheblich ist, so auch für den des Zweikpfs. Aus dem gesamten Abschn. 15 ergibt sich kein Moment, das für den Zweikpf eine Ausnahme von der Regel begründete, dagegen enthält die Entstehungsgeschichte des dem § 201 entsprechenden § 164 des PrStGB. insofern eine Bestätigung der Regel, als die früheren, eine Hervorhebung des Zweckes des Zweikpfs enthaltenden Entwürfe in dieser Beziehung abgeändert wurden; Goltd. Mat. 2 351. So die GM., insbs. RG. I 10. Juli 82 E. 7 29 u. namentl. ausführlich Röbenbeck Zweikpf S. 16. AM. einerseits: Merkel HRl. „Zweikpf", Hälschner 2 948 (vgl. jedoch 2 947 N. 3) u. GS. 34 6, 35 164, Maurer Zweikpf S. 16, der Zweikpf. sei Genugtuung für eine vorangegangene Beleidgg., andererseits: Schütze S. 293 u. Rotw. Teiln. S. 327, Teichmann HH. 3 395, die einen „Ehren- o. Rachezweikampf" fordern, endlich Villnow GS. 37 612, 620, der stets als Zweck die Austragung eines Streits verlangt.

Zu §§ 201—204, bzw. speziell §§ 201, 202. N. 16—20.

16) Die §§ 201—204 betreffen die „Herausforderung zum Zweikampf" und deren „Annahme", also Vorbereitungshdlgen zu der strafb. Hdlg. des Zweikpfs. Wegen Aufstellung der betreffenden Gesetzesbestimmungen gilt aber das zum § 151 N. 2 Bemerkte.

Die Anwendung des § 46 auf die Fälle der §§ 201—203 findet an sich nicht statt, da die Herausforderung und deren Annahme sowie das Kartelltragen zu selbständigen strafb. Hdlgen erhoben sind; vgl. einerseits § 46 N. 5, andererseits § 83 N. 2b. Dagegen ist das Prinzip des § 46[1] durch § 204 ausdrücklich auf die Fälle der Herausforderung und ihrer Annahme übertragen.

17) Jeder der §§ 201, 202 enthält einen kumulativen Mischtatbestand, indem in jedem einerseits die „Herausforderung zum Zweikampf mit tödlichen Waffen", andererseits die „Annahme einer solchen Herausforderung" mit Strafe bedroht wird. Die Herausforderung ist hiernach auch strafbar, ohne daß deren Annahme erfolgt; so die GM. Selbstverständlich muß ein ernstliches Handeln auf seiten des Herausfordernden vorliegen, doch beeinträchtigt die Absicht, einem wirklichen Zweikampfe auszuweichen, nicht schon den Charakter der Ernstlichkeit, für den es vielmehr genügt, wenn der Herausfordernde in dem Bewußtsein handelt, dem Gegner das Verlangen zugehen zu lassen, daß

er mit ihm in einem von ihm für ernstlich gehaltenen Zweikpf mit tödl. Waffen sich einlasse; so: RG. IV 18. Sept. 91 E. 22 139, H. Meyer S. 495 N. 40 (vgl. über die ähnliche Frage bei der Nötigung durch Bedrohung § 240 N. 9); aM.: v. Liszt S. 332 N. 9, Frank N. 1 u. ZStrW. 14 387.

Unter „Herausforderung" ist hier übrigens nur diejenige seitens einer der Parteien zu verstehen, nicht aber deren Ausrichten durch einen Dritten; begrifflich gleichgültig ist jedoch, ob die Herausforderung (bzw. deren Annahme) unmittelbar zwischen den Parteien stattfindet, oder ob sie durch Dritte, sog. Kartellträger (§ 203), vermittelt wird.

18) Voraussetzung der Strafbarkeit des Herausfordernden ist, daß die „Herausforderung zum Zweikampf mit tödlichen Waffen" geschah, — des Annehmers, daß „die Annahme einer solchen Herausforderung" erfolgte.

Diesem Erfordernisse kann aber auch genügt sein, wenn weder ausdrücklich vom Zweikpf. mit tödlichen Waffen die Rede war, noch speziell eine tödliche Waffe bezeichnet wurde; ob dennoch die Absicht auf einen Zweikpf mit tödlichen Waffen gerichtet war, ist aus den näheren, vielleicht erst später zutage tretenden Umständen festzustellen. So die GM., insbs. RG. IV 18. Sept. 91 E. 22 139.

19) Einer besonderen Erörterung bedarf die Frage, ob in der Erklärung des Geforderten, zwar einen Zweikpf mit tödlichen Waffen bestehen zu wollen, jedoch unter anderen Bedingungen, wie sie in der Herausforderung bezeichnet waren, die „Annahme einer Herausforderung zum Zweikpf. mit tödlichen Waffen" zu sehen sei. Es liegt nahe, diese Frage nach Analogie der zivilrechtlichen Grundsätze über Vertragsangebote und deren Annahme zu verneinen; allein andererseits ist die Heranziehung zivilrechtlicher Grundsätze für das Strafrecht stets bedenklich, im vorliegenden Falle um so mehr, als die Folge dahin führen müßte, in jeder solchen eine Bereitwilligkeit zum Zweikpf. zeigenden Erklärung des Geforderten eine von ihm ausgehende Herausforderung zu erblicken; die analoge Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze bedingt diese Auffassung allgemein und nicht etwa bloß für den Fall einer Erklärung der Bereitwilligkeit jedoch unter schärferen Bedingungen, für den Teichmann HH. 3 399 u, Oppenh.-D. § 203 N. 3 sie ausdrücklich aussprechen; vgl. auch Hälschner 2 957. Schließlich würde der ursprünglich Herausfordernde, der auf die gegnerischerseits veränderten — gemilderten oder verschärften — Bedingungen eingeht, Annehmer einer Herausforderung mit tödlichen Waffen sein und der beiden Vergehen aus § 201, womöglich in realer Konkurrenz, sich schuldig machen. Ein solches Resultat, das bei der häufig erfolgenden Abänderung der ursprünglich gestellten Bedingungen nicht selten sich ergeben würde, dürfte jedoch kaum dem dem § 201 zugrunde liegenden Gedanken entsprechen, der dahin geht, die Vorbereitung eines Zweikpfs mit tödlichen Waffen mit Strafe zu belegen, jedenfalls an dem Herausforderer, beim Eingehen auf die Herausforderung an dem anderen Teile gleichfalls. Auch der Wortlaut des § 201 berechtigt zu einer anderen Auffassung; denn es wird nicht „die Annahme der gestellten Herausforderung mit tödlichen Waffen" bestraft, sondern „die Annahme einer solchen Herausforderung", d. h. einer auf Zweikpf mit tödlichen Waffen lautenden Herausforderung. Erklärt der Geforderte sich bereit, darauf einzugehen, so ist der Tatbestand der strafb. Herausforderungsannahme erfüllt, mag auch hinsichtlich der näheren Bedingungen eines solchen Zweikpfs, namentl. hinsichtlich der Waffen, eine Einigung noch nicht erfolgt sein; es entspricht dieses der Ausführung in N. 18, nach welcher der Tatbestand der strafb. Herausforderung nicht bereits erfordert, daß die Waffen speziell bezeichnet seien; wesentlich ist nur, daß einerseits der Herausforderer einen Zweikpf mit tödlichen Waffen vorgeschlagen hat, andererseits, daß der Geforderte auf einen solchen einzugehen sich bereit erklärt; H. Meyer S. 495 N. 40, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 2, 3, Rüd.-St. N. 3, Levi Zweikpf S. 120; vgl. jedoch Binding Lb. I 70.

20) Wegen Bestrafung der Beihilfe (§ 49) zu einem der Verg. aus § 201 o. aus § 202 vgl. §§ 203, 204, 209.

Über die Frage, ob das Verg. aus § 201 o. aus § 202 mit dem Zweikampfsdelikte selbst in Konkurrenz treten könne, vgl. § 205 N. 3.

Zu § 201. N. 21.

21) Die Strafe ist Festungshaft von 1 T.—6 Mt. (§ 17_3). Wegen Wegfalls der Strafe vgl. § 204.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_3 (das. N. $4b_3$) in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 202.

Festungshaft von zwei Monaten bis zu zwei Jahren tritt ein, wenn bei der Herausforderung die Absicht, daß einer von beiden Theilen das Leben verlieren soll, entweder ausgesprochen ist oder aus der gewählten Art des Zweikampfs erhellt.

PrStGB. § 165. Entw. I § 175, II § 197.

1) Für die beiden Verg. aus § 201, insbs. also auch für das Verg. der Annahme einer Herausforderung (Binding Lb. 1 70, Hälschner 2 957, Teichmann HH. 3 399, Oppenh.-D. N. 2), stellt § 202 einen straferhöh. Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 auf; es sind deshalb die N. 1—20, insbs. 17 ff., zum § 201 zu vergleichen.

2) Der Tatbestand des § 202 liegt nur vor, wenn die „Absicht", d. h. der Vorsatz (§ 43 N. 25_2), daß einer von beiden Teilen das Leben verlieren solle, „bei der Herausforderung", also bei deren Mitteilung (Villnow GS. 37 623), in bestimmter Weise an den Tag gelegt wird. Es muß nämlich jene Absicht entweder „ausgesprochen" sein, somit aus den Worten selbst des Herausforderers oder Kartellträgers sich ergeben, oder „aus der gewählten Art des Zweikpfs" erhellen. In letzterer Beziehung ist hervorzuheben, daß, wenn auch für den Tatbestand des Verg. aus § 201 nach N. 18 das. zwar überhaupt nur eine Herausforderung zum Zweikpf mit tödlichen Waffen in Frage kommt, daraus die bezeichnete Absicht noch keineswegs folgt, daß einer von beiden Teilen das Leben verlieren solle. Selbst aus der speziellen Wahl der tödlichen Waffen, z. B. gezogener Pistolen, erhellt jene Absicht nicht ohne weiteres (Teichmann HH. 3 400, Oppenh.-D. N. 1), vielmehr sind erst die näheren Bedingungen entscheidend, durch die der Eintritt einer Verletzung — und somit, da sie durch eine tödliche Waffe beigebracht wird, einer tödlichen Verletzung — gesichert wird, wie z. B. beim Schießen über das Schnupftuch; ähnlich Villnow GS. 37 624, der es mit Recht für nicht genügend erachtet, wenn die (nicht ausgesprochene) Absicht aus anderen Momenten, z. B. den Worten des Begleiters, erhellt.

3) Die Strafe ist Festungshaft von 2 Mt.—2 J. (§ 17_2). Wegen Wegfalls der Strafe vgl. § 204.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. $4b_3$) in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 203.

Diejenigen, welche den Auftrag zu einer Herausforderung übernehmen und ausrichten (Kartellträger), werden mit Festungshaft bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. § 166. Entw. I § 176, II § 198.

1) Im § 203 wird eine gewisse — und zwar die allein praktische — Art der Beihilfe zur Herausforderung i. S. des § 201 (vgl. das. Note 1—16) gegen die Regel des § 49_2 (das. N. 29a) unter eine selbständige Strafandrohung gestellt; sie ist im Vergleiche zu der auf die Beihilfe angedrohten Regel-Strafe, härter, wenn die Herausforderung selbst aus § 201, milder, wenn die Herausforderung aus § 202 strafbar ist.

Der Überbringer der Annahme einer Herausforderung ist aus § 203 nicht strafbar; so: RG. IV 16. Jan. 94 E. 25 81, v. Liszt S. 332, Teichmann HH. 3 399, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 3, Levi Zweikpf S. 126; aM. Villnow GS. 37 625, weil § 203, wenn auch nur von einer Herausforderung, so doch, ebenso wie § 204, von Kartellträgern spreche;

mindestens verfalle der die Annahme Ausrichtende dem § 49 (so auch Frank, weshalb jedenfalls § 202 auf ihn anwendbar sei), ferner Binding Lb. I 71, er sei gleichfalls Kartellträger. Dies gilt selbst dann, wenn er gleichzeitig schärfere Bedingungen stellen sollte; denn darin würde eine Herausforderung i. S. des § 201 dennoch nicht zu finden sein (§ 201 N. 19); aM. Teichmann u. Oppenh.-D. aO.

Darüber, ob das Verg. aus § 203 bei vollzogenem Zweikampfe in eine Beihilfe zum Zweikampfe selbst sich umgestalte, vgl. § 205 N. 4_1.

2) **Beihilfe** zum Verg. aus § 203 ist denkbar und würde nach der allgemeinen Regel als **mittelbare Beih.** strafbar sein; § 49 N. 22 b β.

3) Die **Strafe** ist Festungshaft von 1 T. — 6 Mt. (§ 17_2). Wegen **Wegfalls** der Strafe vgl. §§ 204, 209.

Die **Strafverfolgung verjährt** nach § 67_2 (das. N. 4 b_2) in drei Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 204.

Die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben, sowie die Strafe der Kartellträger fällt weg, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn freiwillig aufgegeben haben.

PrStGB. § 167. Entw. I § 177, II § 199.

1) Die Bestimmung des § 204 (vgl. § 201 N. 16) beruht auf dem Prinzip des § 46[1]. Wie § 46 (das. N. 4, 27), so stellt auch § 204 einen **strafaufhebenden Umstand** i. S. der StPO. § 295_2 auf, was durch die korrekte Wendung „**die Strafe fällt weg**" zum Ausdruck gebracht wird; Schütze S. 296, Oppenh.-D. N. 4.

2) Der „**Beginn**" eines Zweikpfs. ist anzunehmen, sobald mindestens von **einer** Seite — das genügt aber auch — eine kämpfende Tätigkeit stattgefunden hat; **RG.** II 20. Sept. 81 **E. 4** 408 (das liege selbst dann schon vor, wenn der eine sich vergeblich bemüht habe, das Pistol abzufeuern), Geyer 2 15, Merkel S. 305, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 3, Ortloff **G. 31** 155 N. 20, Villnow GS. 37 628, R. Herzog Rücktritt S. 255. Alles übrige ist bloße Vorbereitung des Zweikpfs und liegt vor seinem Beginn, so namentl. das Bandagieren der Parteien, das Ausmessen der Distanzen, das Laden der Schußwaffen, ja selbst das Betreten des Kampfplatzes unter Erhebung der Waffen; so: H. Meyer S. 494, Frank § 208 N. IV; vgl. jedoch Rüd.-St. § 208 N. 2.

3) Die Fassung des § 46[1] weicht von der des § 204 insofern ab, als dort negativ die „Nicht-Hinderung durch Umstände", hier positiv die „**Freiwilligkeit der Aufgabe**" betont wird. Da auch im Falle des § 46[1] der innere Grund der Strafaufhebung die Freiwilligkeit der Aufgabe ist (das. N. 8), so erscheint die Ausdrucksweise des § 204 an sich als die korrektere; vgl. **RG.** IV 5. Dez. 90 **G. 38** 447 über die Zulässigkt. der Heranziehung des § 46[1] zur Auslegg. des § 204, auch I 4. März 01 **E. 34** 200. Diesem Vorzuge steht jedoch, da die Freiwilligkeit in dem subjektiven Verhalten der Parteien beruht, die Schwierigkeit der Beweisfrage gegenüber. Diese kann nicht dadurch gelöst werden, daß man beim Vorliegen gewisser äußerer Umstände ohne weiteres die Freiwilligkeit verneint. So erscheint es nicht richtig, mit Jena 75 St. 7 100 eine freiwillige Aufgabe des Zweikpfs unbedingt dann zu verneinen, wenn der Herausforderer die Forderung nach eingeleiteter Untersuchung zurücknimmt; es trifft dies zwar dann zu, wenn der Zweikpf aufgegeben wird, um die schon begonnene Untersuchung zu vereiteln (Binding Lb. I 71), aber es ist auch möglich, daß der Herausforderer bzw. auch der Geforderte selbst nach Einleitung der Untersuchung auf dem Zweikpfe bestehen; daraus folgt aber umgekehrt, daß eine freiwillige, d. h. auf dem freien Willen beruhende, nicht durch äußere Verhältnisse erzwungene, Aufgabe eines Zweikpfs auch nach eingeleiteter Untersuchung, z. B. infolge aufrichtiger Versöhnung der Parteien, denkbar ist; aM. Rüd.-St. N. 2. Dagegen kann von einer Freiwilligkt. des Rücktritts nicht mehr die Rede sein, wenn der beabsichtigte Zweikpf in der Vorstellung

der Parteien durch Bestimmung von Ort und Zeit eine konkrete Gestalt gewonnen hatte, und dann die Ausführung des Kampfes zu der verabredeten Zeit durch Umstände verhindert wurde, die von dem Willen der Parteien unabhängig waren; es folgt dies aus der materiellen Gleichheit der Vorschrift mit § 46[1]; ob nach Beseitigung des Hindernisses die Parteien zu dem Entschlusse gelangen, auch für die Folgezeit keinen Zweikpf aus Anlaß des früheren Streites miteinander auszufechten, ist gleichgültig; so RG. II 20. Okt. 85 E. 13 1 (btr. einen Fall, in dem der Zweikpf durch Erscheinen eines Polizeibeamten auf dem Kampfplatze verhindert wurde, in welchem dann aber, nach Zustellung der Anklageschrift, seitens der Parteien die Ehrenangelegenheit durch Schriftwechsel für erledigt erklärt war); aM. Frank N. I 2.

Wegen der Aufgabe des Zweikpfs seitens des Herausforderers nach Ablehnung der Herausforderung s. N. 5.

4) Die „Aufgabe" des Zweikpfs kann ausdrücklich oder durch schlüssige Hdlgen geschehen. Eine Aufgabe der letzteren Art wird anzunehmen sein, wenn beide Teile im Einverständnisse miteinander, statt eines ernstlichen Zweikpfs, einen bloßen Scheinkampf (§ 201 N. 3_2) vornehmen, z. B. beide in die Luft schießen; auch in einem solchen Falle fällt die Strafe der Herausforderung ꝛc. weg; so: Geyer 2 15, Oppenh.-D. § 205 N. 1, N. Herzog Rücktritt S. 256; aM.: Teichmann HH. 3 400, Rüd.-St. N. 4.

5) „Die Parteien" müssen nach dem Wortlaute des Gesetzes den Zweikpf. aufgegeben haben, wenn die Strafe wegfallen soll. Man wird auf den gebrauchten Plural kein Gewicht legen dürfen, diesen vielmehr durch die notwendige Teilnahme zweier Personen (§ 201 N. 5, 6) zu erklären haben und die Bedeutung der Vorschrift allein in der freiwilligen Aufgabe des Zweikpfs finden müssen, derartig, daß das freiwillige Abstehen auch nur einer Partei die Anwendung des §. gestattet, da anderenfalls der dem Gesetzgeber bei ihm vorschwebende Zweck nur unvollkommen erreicht werden würde. So: RG. I 4. März 01, II 23. Mai 02, E. 34 200, 35 260, Berlin 5. Mai 75 St. 5 67, Binding Lb. 1 71, Teichmann HH. 3 398, 4 359, Schütze S. 298 N. 14, Frank N. II, Rüd.-St. N. 2, Billnow GS. 37 627, N. Herzog Rücktritt S. 256. AM.: v. Liszt S. 332 N. 10, H. Meyer S. 495, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 1, Levi Zweikpf S. 123. Deshalb kann eine freiwillige Aufgabe auch vorliegen, wenn erst die Herausforderung stattgefunden hatte, aber noch keine Vereinbarung geschlossen war; aM. Levi aO. S. 122. Dann jedoch ist von einer freiwilligen Aufgabe seitens des Herausforderers nicht mehr die Rede, wenn die Herausforderung seitens des Geforderten abgelehnt war, sowenig wie ein mißlungener Versuch dadurch zu einem freiwilligen Rücktritte vom Versuche wird, daß der Täter von erneuerten Versuchen der Ausführung absteht; so: die GM., insbs. RG. III 26. März 81 R. 3 465, I 28. Apr. 81 E. 4 113, IV 5. Dez. 90 G. 38 447, RMG. I 12. Aug. 01 E. 1 256.

6) Was die Wirkung des Rücktritts betrifft, so ist an sich der Strafaufhebungsgrund, wie im § 46 (das. N. 2), entgegen der allg. Regel ein objektiv wirkender, worauf die Fassung „die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben" ꝛc. hindeutet. Deshalb tritt bei beiderseitigem Rücktritt Straflosigkeit aller Beteiligten ein; v. Liszt S. 332, Frank N. II, N. Herzog Rücktritt S. 256. Bei Rücktritt einer Partei, im Falle erfolgter Annahme der Herausforderung, wird aber die Wirksamkeit weiter auszudehnen sein, als wie solches im Falle der Aufgabe des Versuchs bei Mittätern (§§ 46[1], 47 N. 27) angenommen wurde, d. h. das Aufgeben des Zweikpfs bewirkt nicht nur Straflosigkeit der aufgebenden Partei; die Straflosigkeit der Kartellträger wird schlechthin, nicht bedingt durch deren Einwirkung auf die Parteien ausgesprochen, weshalb es auch nicht dem Willen des Gesetzgebers widersprechend erscheint, die auf dem Zweikpf bestehende Partei dennoch an der Straflosigkeit teilnehmen zu lassen; so: RG. II 23. Mai 02 E. 35 260 (nach den dem N. 5 zit. E. 34 200 zugrunde liegenden Erwägungen im Anschluß an Berlin 5. Mai 75 St. 5 67) sowie die Mehrheit der die Wirksamkeit einer einseitigen Aufgabe des Zweikpfs Annehmenden; aM. jedoch von diesen: Binding Lb. 1 71, Schütze S. 297 N. 14, Frank, N. Herzog aO. u. die früheren Aufl. des Komm., ferner Oetker GS. 64 215 N. 1.

§. 205.

Der Zweikampf wird mit Festungshaft von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 168 Abs. 1. Entw. I § 178 Abs. 1, II § 200.

1) Der einfache aus § 205 strafbare Zweikampf (§ 201 N. 1—15) ist ein Vergehen, dessen Versuch folglich, da er nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist, straflos. Der Zweikpf ist vollendet, wenn mindestens von einer Seite der Kampf begonnen, d. h. eine auf Verletzung o. Tötung des Gegners gerichtete Tätigkeit ausgeübt worden ist; so die GM., insbs. RG. II 20. Sept. 81 E. 4 408. Auch bei einer solchen nur einseitigen Tätigkeit ist der Zweikpf für beide Teile vollendet, da er seiner Natur nach (§ 201 N. 6) nicht für den einen Teil als vorhanden, für den andern als nicht vorhanden angenommen werden kann; so zit. RG. u. Hälschner 2 952.

Andererseits tritt die Vollendung des Zweikpfs ohne Rücksicht auf einen Erfolg ein; es ist also gleichgültig, ob die Überwindung des Gegners oder überhaupt nur eine Verletzung desselben stattfand. Der Zweikpf ist vielmehr ein Gefährdungsdelikt; § 201 N. 11 aE.

Fraglich ist, ob das seitens einer Partei erfolgende Schießen in die Luft auch als Vollendung des Zweikpfs angesehen werden könne; regelmäßig wird ohne Unterscheidung der verschiedenen denkbaren Fälle verneint, daß das Schießen in die Luft ein Waffengebrauch sei; so: Hälschner 2 953, Teichmann HH. 3 400, Meves § 208 N. 9, Oppenh.-D. N. 1 u. 2/3, v. Schwarze N. 1. Geben beide Teile in der Absicht, fehl zu schießen, ihren Schuß ab, so liegt vollendeter Zweikpf nicht vor, auch wenn jene Absicht dem Gegner unbekannt war (§ 201 N. 3_2); so: RG. II 11. Nov. 90 E. 21 146, Binding Lb. 1 70, 72, v. Liszt S. 329, Frank Abschn. 15 N. I 1, Levi Zweikpf S. 94; aM. H. Meyer S. 491 f. u. Rüd.-St. N. 1, es müsse beiderseitige Kenntnis o. Einverständnis verlangt werden. Wird dagegen nur einseitig ohne Einverständnis mit dem Gegner in die Luft geschossen, so muß angenommen werden, daß mit dem in die Luft gefeuerten Schusse der Kampf begonnen habe; denn da durch das einseitige Abstehen von der Überwindung des Gegners der Charakter des Zweikampfs nicht aufgehoben wird (§ 201 N. 3_1), so muß die, wenn auch in Wahrheit nur scheinbare, Angriffshandlung dennoch als ein Akt des Zweikpfs angesehen werden und seinen Beginn begründen; so: v. Liszt S. 331, H. Meyer S. 494; aM.: Binding Lb. 1 72, Frank aO., auch wohl Levi aO.

2) Der Zweikpf schließt die in ihm erfolgende Körperverletzung bzw. Tötung des Gegners in sich (§ 201 N. 2); deshalb ist der Tatbestand des einfachen Zweikpfs der engere gegenüber den verschiedenen Tatbeständen der Körperverletzg, derjenige des schweren Zweikpfs aus § 206 der engere gegenüber den verschiedenen Tatbeständen der Tötung. Die Vorschriften der §§ 205, 206 schließen daher die allgemeineren Vorschriften der Abschn. 16, 17 aus, treten aber nicht mit ihnen in Idealkonk. (§ 73 N. 12b). So: Binding Hb. 1 368, Hälschner 2 953 u. GS. 35 180, Rüd.-St. N. 2. AM. Rödenbeck Zweikpf S. 50.

3) Herausforderung zum Zweikpf und deren Annahme sind zwar lediglich Vorbereitungshdlgen, aber notwendige, ohne die ein Zweikpf begrifflich nicht denkbar ist (§ 201 N. 6); gegen diese Auffassung Ortloff G. 31 154 N. 18. Infolgedessen ist das Verhältnis der Straffanktionen der §§ 201 ff. zu den Strafbestimmungen über den vollendeten Zweikpf gerade ein solches, als wenn in jenen ausdrücklich eine Vorbereitungshdlg. für strafbar erklärt worden wäre; das Verhältnis ist also analog dem der §§ 83, 84, 86 zu den §§ 80, 81 (vgl. § 83 N. 2), nicht aber analog dem des § 151 zu den §§ 146 ff. (vgl. § 151 N. 2). Es wird deshalb der Tatbestand dieser notwendigen Vorbereitungshdlg. durch den des vollendeten Zweikpfs genau so verbraucht wie der einer strafb. Versuchshdlg. durch den Tatbestand des vollendeten Verbr.; so die GM., insbs. RG. II 20. Sept. 81 E. 4 408.

4) Die Bestrafung der Teilnahme (T. I Abschn. 3) richtet sich, abgesehen von den §§ 209, 210, nach den allg. Regeln; Geyer 2 15 f., v. Liszt S. 332. Insbs. gilt dies auch vom Kartellträger, dessen Verg. aus § 203 — in Verfolg des N. 3 Ausgeführten — bei

Vollziehung des Zweikpfs in dasjenige der Teilnahme an diesem übergeht; denn die Förderung des Täters bei einer begrifflich notwendigen Vorbereitungshdlg. erscheint als eine Hilfeleistung zur Begehung der Tat selbst; so v. Liszt aO.; aM.: RG. I 4. Dez. 84 E. 11 279 (nach der, mehr eine Richtung der Milde als der Strenge zeigenden, Tendenz des Gesetzes sowie aus der Anlehnung an das PrStGB., das die entgegenstehende Auffassung gehabt habe, während andererseits die äußere Anordnung der in den §§ 201—210 enthaltenen Bestimmungen nicht entgegenstehe), Hälschner 2 958, H. Meyer S. 496 N. 47, Schütze S. 296, Frank N. IV, Oppenh.-D. § 203 N. 4, Levi Zweikpf S. 127 (wegen der weiten Fassung des § 203).

Speziell Beihilfe (§ 49) zum Zweikpf ist in der Praxis des RG. angenommen im Falle der Mitwirkung bei einem für die Statthaftigkeit eines Zweikpfs sich aussprechenden Ehrengerichte (III 29. Okt. 81 E. 5 140), selbst dann, wenn lediglich darüber zu befinden war, auf welche Waffen der beschlossene Zweikpf ausgefochten werden sollte, da es gleichgültig sei, ob die Hilfeleistung (§ 49 N. 8) eine wesentliche sei oder nicht (III 18. Jan. 86 E. 13 265), ebendeshalb auch seitens desjenigen, der, ohne stimmberechtigtes Mitglied zu sein, in der Ehrengerichtssitzung lediglich das Protokoll geführt hatte (III 25. Apr. 87 R. 9 285).

5) Die Strafe ist Festungshaft von 3 Mt.—5 J. (§ 17_2). Wegen Straflosigkeit gewisser Gehilfen (N. 4) vgl. § 209.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. $4b_2$) in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 206.

Wer seinen Gegner im Zweikampf tödtet, wird mit Festungshaft nicht unter zwei Jahren, und wenn der Zweikampf ein solcher war, welcher den Tod des einen von Beiden herbeiführen sollte, mit Festungshaft nicht unter drei Jahren bestraft.

PrStGB. §§ 168 Abs. 2, 169. Entw. I §§ 178 Abs. 2, 179, II § 201. StB. S. 656. Aktenst. Nr. 85.

1) Wenn § 206 zunächst den, „wer seinen Gegner im Zweikpf tötet", mit Strafe bedroht, so geschieht solches nur scheinbar in selbständiger Weise; in Wahrheit bildet „die Tötung des Gegners" lediglich einen i. S. der §§ 262, 264, 266, 295 der StPO. straferhöhenden Umstand des Verg. aus § 205, dessen Natur durch die gleichsam versteckte Aufstellung nicht beeinträchtigt wird.

2) Der Täter hat „seinen Gegner im Zweikampf getötet", wenn er dessen Tod durch eine ihm im Zweikpf vorsätzlich zugefügte Verletzung (so: Binding Lb. I 72, Geyer 2 15, Hälschner 2 953, v. Liszt S. 332; aM.: Frank N. I, v. Prittwitz G. 30 158) objektiv verursacht hat (T. I Abschn. 4 N. 3_2), mag der Tod sofort auf dem Kampfplatze oder erst später eingetreten sein; so die GM.; aM. Villnow GS. 37 631, weil es „im Zweikpf" heiße u. weil der Tötung nicht die tödliche Verwundung gleichgestellt sei. Gleichgültig ist hiernach, ob die Verursachung des Todes auf dem Vorsatz des Täters beruhte oder nicht; aM. Geyer aO., die Strafe des § 206 trete nicht ein, wenn die Tötung keine absichtliche sei.

Nur, wenn der erfolgte Tod nicht nachweisbar auf einer vorsätzlichen Körperverletzung beruht (vgl. z. B. Berlin 6. Juni 77 O. 18 366), entfällt die Bestrafung; v. Liszt S. 332. Ausgeschlossen sind hiernach die Fälle, in denen die Tötung ein zufälliger Erfolg war (so: Binding Lb. aO., Hälschner 2 494 f.; aM.: H. Meyer S. 494 f., Frank N. I), z. B. wenn der Tod durch Schuß infolge unvorsichtiger Handhabung der Schußwaffe oder durch Abspringen der Klinge erfolgte (in diesem Falle ebenso H. Meyer aO. N. 35 wg. Nichtvorliegens normalen Kausalzusammenhanges, aM. aber Frank), oder wenn der Getötete auf die Klinge des Gegners vorsätzlich aufrannte (v. Liszt aO.).

3) § 206 hebt noch als einen weiteren Umstand hervor, „wenn der Zweikampf ein solcher war, welcher den Tod des einen von beiden herbeiführen sollte";

dieses ist jedoch ein straferhöhender Umstand, nicht des einfachen aus § 205 strafb., sondern des schweren im § 206 selbst an erster Stelle behandelten Zweikpfs; Villnow GS. 37 631. Es liegt augenscheinlich hierin der Grund dafür, daß „die Tötung des Gegners" nicht auch äußerlich als straferhöh. Umst. des einfachen Zweikpfs hingestellt ist, sondern daß eine selbständige Fassung stattgefunden hat; N. 1.

4) Der zweite straferhöh. Umst. (N. 3) besagt nicht, daß der Tod des Gegners während des Zweikampfes, d. h. während der Tat selbst, beabsichtigt gewesen sein müsse. Diese Ansicht würde zwar auf Grund der Fassung des entsprechenden § 201 des Entw. zutreffend gewesen sein (so Rubo N. 4), ist es aber nicht auf Grund des § 206, der keineswegs jenem gegenüber eine bloße Fassungsänderung erlitten hat. Nach dem Gesetze selbst kommt es lediglich darauf an, ob bei der Vereinbarung des Zweikampfs die ausdrücklich ausgesprochene oder aus den Umständen erhellende Absicht vorlag, daß einer von beiden Teilen das Leben verlieren sollte (§ 202), während es gleichgültig ist, ob bei Vollziehung des Zweikpfs selbst diese Absicht noch obwaltete und ob der Täter überhaupt, sei es zur Zeit der Herausforderung oder des Zweikpfs selbst, den Tod seines Gegners beabsichtigte oder seinen eigenen Tod suchte; so: Hälschner 2 954, Oppenh.-D. N. 3; aM. Levi Zweikpf S. 114, die Vereinbarung dürfe bis zur Setzung der Todesursache nicht widerrufen worden sein. Das Gesetz läßt bei verursachter Tötung des Gegners eine weitere Straferhöhung nur mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit der gewählten Art des Zweikpfs eintreten, auch hier kein Gewicht darauf legend, ob die Tötung selbst auf Vorsatz beruhte oder nicht; Levi aO.

5) Ein Versuch ist bei keinem der beiden Verbr. denkbar, weil das Gesetz kein Gewicht darauf legt, ob die Tötung des Gegners auf dem Vorsatze des Täters beruhte; § 43 N. 5. Es gilt dieses nicht nur für das erstere der beiden Verbr. (N. 2), sondern nach dem N. 4 Ausgeführten ebenso für das letztere; Teichmann HH. 3 400, Oppenh.-D. N. 2; auch Hälschner 2 955 u. Rubo N. 3 verneinen die Strafbarkeit eines Versuchs aus § 206, weil ein solcher nichts anderes sei wie ein Akt des aus § 205 strafb. Zweikpfs; vgl. jedoch Thomsen Versuch S. 124 ff.

6) Die Strafe ist Festungshaft und zwar im Falle des leichteren Verbr. von 2—15, im Falle des schwereren von 3—15 J. (§ 17_1).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 bei beiden Verbr. in funfzehn Jahren. Wegen des Beginns der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 207.

Ist eine Tödtung oder Körperverletzung mittels vorsätzlicher Uebertretung der vereinbarten oder hergebrachten Regeln des Zweikampfs bewirkt worden, so ist der Uebertreter, sofern nicht nach den vorhergehenden Bestimmungen eine härtere Strafe verwirkt ist, nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tödtung oder der Körperverletzung zu bestrafen.

PrStGB. § 171. Entw. I § 180, II § 202.

1) Die bei einem Zweikpf verursachte Tötung oder Körperverletzung des Gegners wird nicht auf Grund der allgemeinen Bestimmungen der Abschn. 16, 17, sondern auf Grund der Sondervorschriften der §§ 205, 206 bestraft (§ 205 N. 2). Verliert aber der zwischen zwei Personen ausgefochtene Kampf den Charakter als Zweikpf, so fallen folgeweise die Tötung bzw. die etwaigen Körperverltzgen des Gegners lediglich unter die erwähnten allgemeinen Bestimmungen. Es ist demnach die Frage von Bedeutung, wann anzunehmen sei, daß ein begonnener Zweikpf als solcher nicht mehr angesehen werden könne.

2) Inhalts des § 207 selbst geht der Charakter eines Zweikpfs jedenfalls durch „vorsätzliche Übertretung der vereinbarten oder hergebrachten Regeln desselben" verloren; denn eine „mittels" solcher vorsätzlichen Übertretung bewirkte „Tötung

oder Körperverltzg." ist an dem „Übertreter" regelmäßig „nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tötung oder Körperverltzg." zu bestrafen.

Bei dieser Bestimmung ist nicht außer acht zu lassen, daß die Tötung &c., trotz vorsätzlicher Übertretung der Zweikampfsregeln, dennoch nicht vorsätzlich verursacht zu sein braucht, sondern auch fahrlässig herbeigeführt sein kann; die „vorsätzliche Übertretung" ist nur das Mittel der Tötung, nicht aber die Tötung notwendig eine „vorsätzliche mittels Übertretung"; Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 2.

3) Ist eine „Tötung oder Körperverletzung" mittels vorsätzlicher Übertretung der Zweikpfsregeln bewirkt worden, so genügt nicht die ausschließliche Feststellung des Tatbestandes einer nach den allgemeinen Vorschriften strafb. Tötung oder Körperverltzg., sondern es muß auch ausdrücklich der Umstand festgestellt werden, daß „die Tötung &c. mittels vorsätzlicher Übertretung der Regeln des Zweikampfes bewirkt worden sei", weil die Bestrafung unter dieser Voraussetzung zwar regelmäßig „nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tötung o. der Körperverltzg." zu erfolgen hat, ausnahmsweise jedoch „nach den vorhergehenden Bestimmungen" geschehen muß, sofern nämlich nach diesen „eine härtere Strafe verwirkt ist". Es ist also nicht, wie im Falle des § 73, das die schwerste Strafe androhende Gesetz maßgebend, sondern die im Einzelfalle verwirkte härtere Strafe ist zu verhängen; welches die „härtere Strafe" sei, deren Gegensatz die „mildere" ist (§ 233 N. 2), bestimmt sich nach § 2 N. 23, nicht nach § 73 N. 26 f.; denn die eigentümliche Vorschrift des § 207 geht keineswegs dahin, daß die Grundsätze über Idealkonk. zur Anwendung gebracht werden sollen. So: Binding Hb. 1 356 (es liege der oben § 73 N. 13b bezeichnete Fall der Subsidiarität vor), Hälschner 2 955, Teichmann HH. 3 401, Schütze S. 295 N. 11, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze, Villnow, GS. 34 598, 37 633. AM. Rubo N. 1, es handele sich um Idealkonk.; nach Ortloff GS. 32 467 soll der Grundsatz des § 73 im allg. dahin zur Geltung gebracht worden sein, daß die poena major selbst da Platz greife, wo nur der Schein einer Gesetzeskonk. vorliege; ähnlich sieht Thomsen GS. 31 40 im § 207 einen Fall, in dem ausnahmsweise für den Konflikt von Festungsh. u. Gef. das Proportionalitätverhältnis nach § 21 entscheidend sei.

Wenn übrigens von den Vorschriften „über das Verbrechen der Tötung &c." gesprochen wird, so liegt nur eine inkorrekte Ausdrucksweise vor (vgl. § 1 N. 9); so: Hälschner 2 955, Levi Zweikpf S. 116; aM. Thomsen aO., es seien in der Tat nur die Vorschriften über Verbr., nicht auch über Verg. gemeint, ferner Villnow aO.

4) Übrigens sind beim Vorliegen der Voraussetzung des § 207 nicht alle Strafbestimmungen über den Zweikpf mit den allgemeinen Vorschriften der Abschn. 16, 17 in Vergleich zu ziehen, sondern nur die dem § 207 vorhergehenden Bestimmungen der §§ 205, 206, nicht aber die nachfolgende des § 208; so: Hälschner 2 955, H. Meyer S. 495 N. 37, Frank § 208 N. II, Villnow GS. 37 633; aM. Binding Lb. 1 73 N. 1. Hierin liegt eine Änderung gegenüber dem PrStGB., worüber die entsprechende N. der 5. Aufl. des Kommentars zu vergleichen.

5) Teilnehmer am Zweikpf, selbst soweit sie nach § 209 straflos sind, werden gleichfalls nach den allg. Vorschriften der Abschn. 16, 17 bzw. über Teilnahme (T. I Abschn. 3) strafbar, wenn sie an der vorsätzlichen Übertretung der Zweikpfsregeln Teilnehmer und dadurch selbst zu deren Übertretern werden; Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 1.

6) Die „fahrlässige" Übertretung der Zweikpfsregeln bedingt keineswegs eine Aufhebung des Charakters des Kampfes als Zweikpf; Maurer Zweikpf S. 30. Übertretungen aus Unachtsamkeit kommen häufig vor, ohne daß nach der bei Zweikämpfen beobachteten Praxis der Übertreter dadurch außerhalb der Zweikpfsregeln sich stellte und folgeweise der milderen Beurteilung seiner Hdlg. auf Grund der Vorschriften des Abschn. 15 unwürdig würde. Eine häufigere Übertretung der Regeln aus Fahrlässigkeit kann nur Veranlassung zum förmlichen Abbruch des Zweikpfs geben. Hiernach ist derjenige, der mittels „fahrlässiger Übertretung" der Zweikpfsregeln eine Tötung &c. bewirkt, aus den §§ 205, 206, 208 strafbar (Binding Hb. 1 368), auch dann, wenn die Tötung selbst — was immerhin möglich (das Umgekehrte in N. 2) — vorsätzlich erfolgte, so z. B. wenn der Täter, der seinen Gegner

zu töten beabsichtigte, in der Aufregung fahrlässigerweise, gegen die vereinbarte Kampfesregel, den ersten Schuß abgab und dadurch seinen Gegner tötete. So Rüd.-St. N. 5. AM. Rubo N. 1, in solchen Fällen griffen gleichfalls die allg. Vorschriften der Abschn. 16, 17 Platz.

§. 208.

Hat der Zweikampf ohne Sekundanten stattgefunden, so kann die verwirkte Strafe bis um die Hälfte, jedoch nicht über funfzehn Jahre erhöht werden.

PrStGB. § 170. Entw. I § 181, II § 203.

Entw. d. StGN. Art. I § 208. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 1004.

1) Hat der Zweikpf „ohne Sekundanten" (§ 209 N. 3) stattgefunden, gleichgültig, ob solches von vornherein vereinbart war oder nicht (Meves N. 8), so steht dem Richter nach § 208 die Befugnis zu („kann"), die „verwirkte Strafe zu erhöhen". Der Richter muß also ev. zunächst — und er ist dazu in der Lage, da nur ein bestimmt bezeichneter Umstand außer Betracht bleiben soll (vgl. § 157 N. 2) — diejenige Strafe abmessen, die der Angeklagte, ohne Rücksicht darauf, daß keine Sekundanten zugezogen waren, verwirkt hat. Dieses Verfahren muß aus dem Urteile zu ersehen sein, da nur alsdann erhellt, daß dem § 208 entsprochen sei; es genügt nicht, wenn das Urteil lediglich erkennen läßt, der Richter habe von der Ermächtigung des § 208 Gebrauch gemacht, weil dadurch eine Nachprüfung in der Richtung, ob der gesetzentsprechende Gebrauch gemacht sei, nicht ermöglicht wird; so Rüd.-St. N. 1; aM. Meves N. 11 A. 7.

2) Die Befugnis zur Straferhöhung steht dem Richter für alle Fälle zu, in denen eine Strafe wegen Zweikpfs verwirkt ist, also auch dann, wenn zwar eine Tötung 2c. „mittels vorsätzlicher Übertretung der Zweikpfsregeln" bewirkt war, dennoch aber auf Grund der §§ 205, 206 eine „härtere Strafe" verwirkt war als auf Grund der allg. Vorschriften (§ 207). So: Meves N. 12, Oppenh.-D. N. 3, Levi Zweikpf S. 117. AM.: Geyer 2 16, Fuchs (Marburg) G. 18 461, es habe § 208 für die Bestrafung des Zweikpfs. mit vorsätzlicher Übertretung der Kampfesregeln keine Bedeutung. Durch die hier vertretene Ansicht soll das N. 4 zu § 207 bemerkte nicht in Zweifel gestellt werden; dies gegen Binding Lb. I 73 N. 1.

3) In der Ausübung der Befugnis ist der Richter derartig unbeschränkt, daß er die Straferhöhung einer Partei gegenüber eintreten lassen kann, der anderen gegenüber aber nicht; Hälschner 2 954.

4) Die verwirkte Strafe kann erhöht werden „bis um die Hälfte, jedoch nicht über funfzehn Jahre"; die StGN. substituierte diese Zahl den „zehn Jahren", die in die ursprüngliche Fassung durch ein Redaktionsversehen aufgenommen waren; § 17 N. 1.

Dieses Maß der zulässigen Erhöhung gestattet dem Richter, von der ihm verliehenen Befugnis im Falle des § 205 stets im vollen Umfange Gebrauch zu machen, während dieses im Falle des § 206 nur dann geschehen kann, wenn die verwirkte Strafe nicht mehr als zehn Jahre Festungsh. betrug; wurde dagegen schon an sich der zulässige Höchstbetrag von funfzehn Jahren für verwirkt erachtet, so kann eine Straferhöhung nicht eintreten, währen in den Fällen, wo die verwirkte Strafe mehr als zehn und weniger als funfzehn Jahre Festungsh. betrug, von der Befugnis zwar Gebrauch gemacht werden kann, jedoch nicht durch Erhöhung „bis um die Hälfte", sondern nur „bis zu funfzehn Jahren".

Immerhin muß auf Grund des § 208 der „Zweikampf ohne Sekundanten" durchweg und nicht bloß, wenn im Einzelfalle die erhöhte Strafe fünf Jahre Festungsh. überschreitet, als Verbrechen (§ 1_1) angesehen werden; denn durch die Bestimmung des § 208 ist allerdings singulärerweise jeder Fall des Zweikpfs ohne Sekundanten „mit Festungsh. von mehr als fünf Jahren" bedroht; Binding Hb. I 515 N. 18, Levi Zweikpf S. 117.

5) Die Streitfrage, ob überhaupt ein Versuch des Zweikpfs denkbar sei (vgl. § 204 N. 2; dafür H. Meyer S. 494; dagegen Merkel HRl. „Zweikpf"), hat kein praktisches Interesse, da § 208 seinem Wortlaute nach erfordert, daß der Zweikpf stattgefunden habe (vgl. § 151 N. 3). Danach ist bei diesem Verbrechenstatbestande jedenfalls die Möglichkeit eines Versuches ausgeschlossen; so: Meves N. 9, Levi Zweikpf S. 117; aM.: H. Meyer aO., Frank N. IV, Rüd.-St. N. 4.

6) Nach dem Bemerkten stellt sich der Nebenumstand, daß der Zweikpf „ohne Sekundanten" stattgefunden hat, als ein straferhöhender Umstand i. S. der §§ 262, 264, 266, 295 der StPO. dar, und zwar gilt dieses auch für den Fall eines Zweikpfs mit tödlichem Ausgange (§§ 206, 208).

7) Nach § 67₁ verjährt die Strafverfolgung eines Verbr. aus § 205 i. V. mit § 208 in zehn Jahren, eines solchen aus § 206 i. V. mit § 208 in funfzehn Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73³, 136¹.

§. 209.

Kartellträger, welche ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern, Sekundanten, sowie zum Zweikampf zugezogene Zeugen, Aerzte und Wundärzte sind straflos.

PrStGB. §§ 173, 172. Entw. I §§ 183, 182, II § 204.

1) „Kartellträger" sind, falls der Zweikpf nicht vollzogen wurde, unter die selbständige Strafandrohung des § 203 gestellte Gehilfen zum Verg. der Herausforderung (§ 203 N. 1), falls aber der Zweikpf stattfand, Gehilfen zu diesem selbst (§ 205 N. 4). Indem nun § 209 unter einer gewissen Voraussetzung die Straflosigkeit der Kartellträger ausspricht, stellt er damit eine Ausnahme vom Grundsatz des § 49 (das. N. 29a) bzw. von der Sondervorschrift des § 203 auf.

2) Die Voraussetzung für die Straflosigkeit der Kartellträger ist, daß sie „ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern". Da „verhindern" begrifflich ein erfolgreiches oder gänzliches Hindern bezeichnet (§ 46 N. 11b), so liegt eine Bemühung den „Zweikpf zu verhindern" dann nicht vor, wenn die Tätigkeit der Kartellträger erst nach Beginn des Zweikpfs. darauf sich richtete, seine Fortsetzung zu hindern; Hälschner 2 958, Rüd.-St. N. 1. Während hier also die Gehilfen an der strafb. Hdlg. durch ihre auf die „Verhinderung" des Zweikpfs gerichtete Bemühung straflos werden, ist im Falle des § 46, insbs. der Nr. 2 (das. N. 7a), die Bemühung der Gehilfen überhaupt nicht geeignet, deren Straflosigkeit herbeizuführen, sondern nur die Bemühung der Täter selbst, dieses aber auch nur dann, wenn die Bemühung von Erfolg begleitet war.

Ob die Bemühung Erfolg hatte o. nicht, ist gleichgültig, wenn sie nur „ernstlich" war; RG. I 4. Dez. 84, II 20. März 88, E. 11 279, 17 243.

Ebenso gleichgültig ist, ob sie vor oder nach Annahme der Herausforderung stattfand (Rubo N. 2), oder ob überhaupt eine Annahme erfolgte; es würde widersinnig sein, die Straflosigkeit dann nicht eintreten zu lassen, wenn die Bemühung von einem solchen Erfolge begleitet war, daß eine Annahme der Herausforderung gar nicht stattfand. Dieses zugegeben, erscheint es aber überhaupt gleichgültig, ob eine Annahme erfolgte oder aus welchem Grunde dieses nicht geschah, wenn nur nach Ausrichtung der Herausforderung eine ernstliche, auf Verhinderung des Zweikpfs gerichtete Bemühung des Kartellträgers vorlag. Eine Bemühung freilich, die vor Ausrichtung der Herausforderung dem Herausforderer selbst gegenüber dahin stattfand, daß er von der Herausforderung abstehen möge, kann die Anwendung des § 209 nicht rechtfertigen; denn der Betreffende, den der Herausforderer um Ausrichtung seines Auftrages ersuchte, ist i. S. des § 203 überhaupt nicht Kartellträger, ehe er nicht den Auftrag ausführte; suchte er also vorher den Herausforderer zu bestimmen, von der Forderung abzustehen, so liegt eine rechtliche Bemühung eines Kartellträgers, den Zweikpf zu hindern, überhaupt noch nicht vor (so: zit. RG. E. 17 243, Hälschner aO., Rüd.-St. N. 1; aM.: Levi Zweikpf S. 128, Gerland KrVJSchr. 45 459), ebensowenig wie in dem Falle, wenn jemand sich bemüht, den Beleidiger zur Zurücknahme seiner Beleidgg., zu bewegen, ehe noch feststand, daß dieserhalb eine Herausforderung erfolgen werde; Mannheim 16. Sept. 76 BadA. 42 378. Richtet der Betreffende demnächst seinen Auftrag aus, so ist er dadurch Kartellträger geworden; er ist folglich als solcher strafbar, mochte er auch die Erwartung hegen, die Herausforderung werde nicht angenom-

men werden; RG. III 12. Nov. 91 E. 22 218. Die Strafbarkeit bleibt unbedingt selbst dann bestehen, wenn der Geforderte die Herausforderung sofort ablehnt; denn vermochte der Kartellträger infolge einer solchen Ablehnung seine auf Verhinderung des Zweikpfs gerichtete Absicht durch Vorstellungen an den Geforderten nicht zu betätigen, so kann er sich durch sein weiteres Verhalten sowenig straflos machen, wie beim Herausforderer selbst noch von einer freiwilligen Aufgabe gesprochen werden kann (§ 204 N. 5); so: zit. RG. E. 22 218, RMG. I 3. Jan. 01 E. 1 22, Hälschner aO., Frank N., Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 1, während Levi Zweikpf S. 128 annimmt, daß Bemühungen des Kartellträgers dem Herausforderer gegenüber noch Wirkung hätten.

3) „Sekundanten" und „Zeugen" des Zweikpfs, namentl. auch der sog. Unparteiische, sind zweifellos Gehilfen zum Zweikpfe selbst. Aber auch die zum Zweikpf zugezogenen „Ärzte und Wundärzte" wird man als Gehilfen betrachten müssen, da die Regeln des Zweikpfs — von Ausnahmefällen abgesehen — die Zuziehung medizinischer Sachverständiger verlangen; auch sie würden daher nach dem Prinzipe des § 49 strafbar sein; so Ortloff G. 31 344, der mit Recht „Ärzte" 2c. von geprüften Ärzten i. S. der Gewerbe-O. versteht (vgl. § 174 N. 17a), auch Villnow GS. 37 636 u. R. Herzog Rücktritt S. 194. Die Vorschrift des § 209, soweit sie ohne weiteres die Straflosigkeit der eben bezeichneten Personen ausspricht, enthält daher eine Ausnahme vom Prinzip des § 49. Sie darf deshalb weder auf die Anstiftung zum Zweikpf (Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 2), noch auf andere Fälle der Beihilfe ausgedehnt werden; so: Hälschner 2 959, Oppenh.-D. aO.; aM. Rüd.-St. aO., der es mit § 209 nicht für vereinbar erachtet, wenn „entferntere" Beihilfe strafbar sein solle, während die „nächste" straflos erklärt sei; diese Ansicht verkennt aber nicht nur den dem § 209 zugrunde liegenden Gedanken, sondern trägt auch in das Gesetz eine ihm unbekannte Unterscheidung des Begriffs der Beihilfe hinein. Deshalb lehnte auch RG. IV 16. Jan. 94 E. 25 81 (aM. ORA.) die Anwendung des § 209 gegenüber dem Gehilfen ab, der im Auftrage des Herausgeforderten mit dem Beauftragten des Herausforderers die Bedingungen des Zweikpfs feststellte u. sie dem Herausgeforderten übermittelte, indem er den Begriff des „Sekundanten" auf diejenigen Personen beschränkte, die den Duellanten bei der Austragung des Zweikpfs selbst Beistand leisten; ebenso Frank § 208 N. 1.

4) § 209 enthält jedenfalls einen strafausschließenden Umstd. i. S. der StPO. §§ 262, 266. Über die zu bejahende Frage, ob er auch einen strafaufhebenden Umstd. i. S. der StPO. § 295₂ enthalte, vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. des Komm.

5) Die Wendung „sind straflos" wird in der Praxis bisweilen, ähnlich dem § 199, so ausgelegt, daß der Angeklagte „zwar des Verg. der Kartellträgerei schuldig, dagegen für straflos" zu erklären sei. Darüber, daß dies unrichtig, vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. des Komm. Das Urteil hat vielmehr beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 209 auf „nichtschuldig u. Freisprechung" zu lauten.

§. 210.

Wer einen Anderen zum Zweikampf mit einem Dritten absichtlich, insonderheit durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung anreizt, wird, falls der Zweikampf stattgefunden hat, mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

PrStGB. § 176. Entw. I § 184, II § 205.

1) Wegen „Anreizen" vgl. § 112 N. 1. Wenn „zu etwas" angereizt wird, so muß der Anreizende das Betreffende veranlassen wollen; bei der Anreizung „zum Zweikampf" (§ 201 N. 1—15) muß somit der Vorsatz des Anreizenden auf den Zweikpf. gerichtet sein, mag auch weiterhin noch ein entfernterer Endzweck (z. B. der Tod der angereizten Person oder ihres Gegners) verfolgt werden; so: Hälschner 2 959, Rüd.-St. N. 1, Ortloff, Fuchs GS. 34 449, 36 12; aM. Villnow GS. 37 637 ff. (s. jedoch unten) u. Lucas Subj. Verschuldg. S. 31. Hiernach und da das Anreizen notwendig ein vorsätzliches sein muß, erscheint das „absichtlich" als überflüssig (Hälschner aO.), da dieses Wort hier, wie so

häufig im StGB., lediglich statt „vorsätzlich" gebraucht ist, was anzunehmen, indem es an jeder näheren Bestimmung fehlen würde, welche „Absicht" den Anreizenden geleitet haben sollte; so: Dresden 25. März 78 SächsGZ. 22 262, Binding Lb. 1 73 u. Normen 1 216 N. 16, 2 597, v. Liszt S. 333, Oppenh.=O. N. 2, v. Schwarze N. 3 A. 1, Lucas aO., Levi Zweikpf S. 131); abweichend Villnow aO.

2) Obschon das Anreizen, namentl. im Gegensatz zum „Auffordern" (§ 112 N. 1), ein indirektes Handeln bezeichnet, wie auch darin sich zeigt, daß das Gesetz vom Anreizen „insonderheit durch Bezeigung oder Androhung (§ 48 N. 11 a) von Verachtung (§ 131 N. 8)" spricht, also von Fällen bereits eingetretener oder drohender Beleidgg., so ist doch nicht ausgeschlossen, daß die Voraussetzungen des Zweikpfs durch die Anreizung selbst und gleichzeitig mit ihr erst geschaffen worden; deshalb kann auch in dem Mitteilen der Beleidgg. eine Anreizung gefunden werden, wenn der Mitteilende weiß, daß diese einen bestimmten Zweikpf herbeiführen werde; RG. I 5. Mai 88 E. 18 239 (demgegenüber zu betonen, daß auch in solchem Falle nur indirektes Handeln vorliegt).

3) Die Merkmale der Anstiftung (§ 48) werden nicht vorausgesetzt, können aber vorliegen; RG. I 5. Nov. 88 E. 18 239, Hälschner 2 960, Merkel HRl. Zweikpf, Rüd.=St. N. 2, Levi Zweikpf S. 81. Ev. ist die Strafe nicht aus § 48, sondern wegen der auf Gefängnis (N. 7) lautenden Strafandrohung aus § 210 zu bestimmen; Hälschner aO.

Auch eine — intellektuelle — Beihilfe (§ 49) kann im Anreizen liegen; Levi aO.

4) Die Anreizung, der auch eine der im § 209 bezeichneten Personen sich schuldig machen kann (so das zit. RG. E. 18 239), muß stattgefunden haben zum Zweikpf nicht mit dem Anreizenden selbst, sondern „mit einem Dritten", d. h. mit einem bestimmten Dritten. Doch kann jemand einen anderen anstiften, einen Dritten zum Zweikpf mit ihm — dem Anstifter — anzureizen; vgl. hierüber v. Kries ZStrW. 7 536.

5) Die Bestrafung ist noch davon abhängig gemacht, daß „der Zweikampf stattgefunden hat". Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Anreizung und dem Zweikampfe wird nicht erfordert; so: Hälschner 2 960, v. Liszt S. 333, H. Meyer S. 496 N. 49, v. Rohland Gefahr S. 37; aM.: v. Schwarze N. 4, Villnow GS. 37 643. Doch muß zwischen beiden wenigstens ein zeitlicher Zusammenhang (vgl. § 87 N. 5) bestehen; Oppenh.=O. N. 3, Levi Zweikpf S. 130. Hiernach ist eine außerhalb des Deliktstatbestandes liegende Bedingung der Strafverfolgung (§ 170 N. 6a) aufgestellt; Frank N. zu § 210, Binding Hb. 1 590 u. Lb. 1 74 erblickt in der Bedingung eine Präsumtion für Anstiftg. o. intellektuelle Beihilfe; ebenso Birkmeyer Enzykl. S. 1164 u. ähnlich Finger GS. 50 49, ein gesetzl. Symptom, das im Gegensatze zu den Bedingungen der Strafbarkeit eine Bedeutung für die Schuld habe.

6) Mit dem Verg. des Kartelltragens (§ 203) kann, je nach Umständen, Ideal= o. Realkonkurrenz (§§ 73, 74) stattfinden, denn jenes ist von dem Verg. aus § 210 wesentlich verschieden; so Rüd.=St. N. 4; aM. Binding Hb. 1 362 u. Lb. 1 74, die Strafe des Kartelltragens sei derjenigen für die Anreizung zum Zweikpf subsidiär (§ 73 N. 13), so daß ev. allein nach § 210 zu strafen, ferner Levi Zweikpf S. 130.

7) Die Strafe ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16), nicht Festungsh. (Abschn. 15 N. 1).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt nicht schon mit der Vollendung der Anreizung, sondern nach Maßgabe des § 69 Abs. 1 (das. N. 1 a, b) wg. des den Beginn der Strafverfolgung hindernden Ruhens der Verjährung tatsächlich erst nach Vollziehung des Zweikampfs (§ 67 N. 10b).

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

Sechszehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider das Leben.

1) Die Disposition dieses Abschnittes schließt sich streng an die des Tit. 15 des PrStGB. an; eingeschaltet sind lediglich die Strafbestimmungen gegen die Tötung eines Einwilligenden (§ 216) und die sog. Lohnabtreibung (§ 219), während die Vorschrift des

PrStGB. § 185 btr. die Feststellung des Tatbestandes der Tötung als entbehrlich nicht wiedergegeben ist, die gegen die Beiseiteschaffung eines Leichnams gerichtete des § 186 aber, als Übertr., im Abschn. 29 (§ 367 [1]) Aufnahme gefunden hat.

2) Im einzelnen behandeln:

§§ 211—217 die vorsätzliche Tötung eines Menschen und zwar:

§ 211 den mit Überlegung ausgeführten Mord,

§§ 212—215 den nicht mit Überlegung ausgeführten Totschlag,

§§ 216, 217 Fälle der vorsätzlichen Tötung ohne Unterschied hinsichtlich der Art der Ausführung;

§§ 218—220 die vorsätzliche Tötung der Leibesfrucht;

§ 221 Gefährdung eines Menschen an Leib oder Leben durch Aussetzung;

§ 222 die fahrlässige Tötung eines Menschen.

Die Vorschriften des Abschn. 16 finden in der Regel auch im Falle des § 207 (das. N. 3, 4) Anwendung; neben ihnen enthalten aber auch die §§ 80, 81 [1], 102, 178, 206, 226, 227, 229, 239, 251, 307 [1], 309, 312, 314, 315, 316, 321—324, 325 Bestimmungen über die Tötung eines Menschen, während die §§ 139, 154, 202, 254 nur eine entferntere Beziehung zu den im Abschn. 16 behandelten Delikten haben. Durch die Gesamtheit dieser Vorschriften ist die Materie der strafb. Hdlgen wider das Leben i. S. des EG. § 2 als geregelt anzusehen; vgl. jedoch Binding Hb. I 321, der annimmt, es habe Abschn. 16 die ganze Materie regeln wollen.

§. 211.

Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

PrStGB. § 175. Entw. I § 185, II § 206. Anl. 2 z. d. Motiven: Über die Todesstrafe (insbs. deren Anl. 1). StB. S. 656—660, 1172.

Zu §§ 211—217. Vorsätzliche Tötung eines Menschen. N. 1—4.

1) Objekt der in den §§ 211—217 behandelten Tötungsdelikte (vgl. auch § 222 N. 1) ist der lebende Mensch und zwar, wie der innerhalb des Verlaufs des Geburtsherganges nicht unterscheidende § 217 durch die Worte „in oder gleich nach der Geburt" andeutet, der Mensch, auch wenn er noch nicht geboren ist — d. h. den Mutterleib unter Trennung von diesem gänzlich verlassen hat —, sondern noch in der Geburt begriffen ist, also vom Beginne der Geburtswehen an (anders BGB. § 1). So: RG. I 29. Sept. 83, 5. Nov. 94, E. 9 131, 26 178, Birkmeyer Enzykl. S. 1162, Frank Abschn. 16 N. 1, Rüd.-St. N. 6, Wehrli Kindesmord S. 98, Mittelstein G. 34 173. AM. einerseits: Binding Hb. 1 220 N. 6 u. Lb. 1 32, 38, v. Holtzendorff HH. 3 451, Merkel S. 308, Katzenstein ZStrW. 24 508, die verlangen, daß die Leibesfrucht bereits aus dem Mutterleibe soweit herausgetreten sein müsse, um Gegenstand des Tötungsverbrechens werden zu können, und dem sich annähernd v. Liszt S. 303 (das selbständige Dasein beginne mit dem Aufhören der fötalen Plazentaratmung u. der Möglichkeit der Atmung durch die Lungen), andererseits Merkel HRl. „Kindesmord" u. H. Meyer S. 455, 466, die zwischen Kindesmord und den übrigen Tötungsverbr. unterscheiden; Merkel sieht das von der Mutter noch nicht vollständig getrennte Kind nur bei jenem als Angriffsobjekt an (s. u. N. 9), während Meyer beim Kindesmord den Beginn des Geburtsaktes, im übrigen teilweisen Austritt aus dem Mutterleibe als hinreichend erachtet.

Als Mensch ist, wie nach dem BGB. gemäß der Grundsätze der neueren Physiologie, jedes vom Weibe geborene lebende Wesen anzusehen, deshalb auch eine lebende Mißgeburt, d. h. „eine Frucht mit so regelwidrig gebildeten Organen, daß dadurch ihr Fortleben unmöglich wird", ohne Rücksicht darauf, ob sie menschenähnliche Bildung hatte oder nicht; vgl. Casper-Liman Gerichtl. Medizin 2 10 f.; eine solche Mißgeburt (sog. Monstrum) kann daher auch Objekt eines Tötungsdelikts sein; Berner S. 507, Binding Lb. 1 25, Hälschner 2 21, v. Holtzendorff HH. 3 413, v. Liszt S. 304, H. Meyer S. 455, Frank Abschn. 16 N. 1, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwartze N. 2. Dagegen scheidet die sog. Mole als Objekt der Tötungs-

delikte (vgl. jedoch § 218 N. 2,) aus; denn sie ist „ein krankhaft degeneriertes Ei", das zwar als Folge eines fruchtbaren Beischlafes eine „Frucht" im medizinischen S. ist und im Leibe der Schwangeren wenigstens eine gewisse Zeit gelebt hat, dagegen außerhalb desselben ein Leben nicht führen und daher niemals ein „Kind" werden kann; vgl. Casper-Liman aO. 1 238, 2 876 f.

Da nur der lebende Mensch getötet werden kann, so ist ein toter Mensch, namentl. auch ein totgeborenes Kind, ein untaugliches Objekt für die Tötungsdelikte; wegen der Frage des Versuchs der Tötung an einem solchen vgl. § 43 N. 20.

Lebensfähigkeit des Menschen ist dagegen, sowenig wie nach BGB., ein Erfordernis, vielmehr kann sowohl ein nicht lebensfähiges Neugeborenes, d. h. ein solches, das nach seinem Alter und nach der Bildung seiner Organe die Möglichkeit, außerhalb des Mutterleibes fortzuleben, nicht hat (Casper-Liman aO. 2 7, v. Wächter S. 331 f.), als auch ein todkranker Erwachsener Objekt der vorsätzlichen Tötung sein; so die GM., insbs. RG. I 21. Okt. 80 E. 2 404 btr. der fahrl. Tötung (§ 222) eines nicht lebensfähigen Neugeborenen.

Die Strafbarkeit der Tötung wird durch das Objekt — abgesehen von den §§ 80, 81 — in den Fällen der §§ 215, 217 beeinflußt.

2) Subjekt der Tötungsdelikte kann gleichfalls an sich ein jeder sein. Ausgeschlossen ist nur die Identität des Subjekts mit dem Objekt, d. h. mit anderen Worten der Selbstmord fällt, nach der rechtsgeschichtlichen Entwickelung und der Fassung des Gesetzes selbst, nicht unter den Begriff des Mordes; es ist folglich auch weder der Selbstmordversuch als solcher (vgl. jedoch § 218 N. 5 letzter Abs.), noch die Anstiftung oder Beihilfe zum Selbstmorde strafbar (vgl. jedoch § 218 N. 5 letzter Abs.). So die GM. AM. Schütze S. 104 u. Notw. Teiln. S. 288 f., Selbstmord sei nur am Täter, nicht am Teilnehmer, aus kriminalpolitischen Gründen straflos, ähnlich Kohler Einführung i. d. Rwissenschaft (2. Aufl.) S. 168 f., u. für den Fall, daß es darum sich handle, einen Verbrecher der Bestrafung zu entziehen, Frank § 257 N. v,1.

Eine andere Frage ist aber, ob ein Selbstmord durch einen Dritten nicht derartig verursacht sein kann, daß er von letzterem als Tötung, unter Benutzung des Selbstmörders als Mittel, zu verantworten ist; diese Frage ist bei Unzurechnungsfähigkeit des Selbstmörders zu bejahen (Merkel S. 306), dsgl. wenn jemand einen anderen zur eigenen Tötung zwingt oder in der Weise verleitet, daß dieser den tödl. Ausgang der Hdlg. nicht einsah (v. Holtzendorff HH. 3 417 f., v. Liszt S. 305, Frank Abschn. 16 N. II); weiter geht jedoch Binding Hb. 1 701 u. Lb. 1 26, Anstiftung zum Selbstmorde sei Tötung eines Dritten; ähnlich Kohler Studien 1 144. Dagegen wird es nicht möglich sein, die sog. Beihilfe zum Selbstmorde als fahrl. Tötung zu strafen, wie Oppenh.-D. N. 7 unter Umständen will, weil hier die Verursachung durch den Dritten fehlt; Binding aO., v. Liszt S. 313, v. Prittwitz G. 30 159 (vgl. § 222 N. 2 letzter Abs.).

Wegen der Straflosigkeit des sog. amerikanischen Duells vgl. § 201 N. 4.

3) Die Handlung besteht in der vorsätzlichen Verursachung des Todes eines Menschen. Der Begriff der Verursachung ist der allgemeine (T. I Abschn. 3 N. 2) und kann die Tötung, insbs. der Kindesmord (§ 217), deshalb auch den allgemeinen Grundsätzen gemäß durch eine Unterlassung (§ 1 N. 3a) verübt werden; so die GM.; vgl. jedoch einerseits Pfizer GS. 27 553 f., der die Verursachung stets in einer vorausgegangenen Hdlg. findet, andererseits Merkel HRl. „Kindesmord", der geneigt ist, bei diesem auch Tötung durch reine Unterlassung anzunehmen. Selbst eine Verursachung durch psychische Einwirkung ist nicht undenkbar; v. Holtzendorff HH. 3 418, v. Liszt S. 305, Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 9, Katzenstein ZStrW. 24 511.

Im Gegensatz zu zahlreichen anderen Fällen, wo die Tötung lediglich als objektiver Erfolg in Betracht kommt (T. I Abschn. 4 N. 3), muß die Verursachung aber auf dem Vorsatze des Täters beruhen. Ist dieses der Fall, so ist es begrifflich gleichgültig, ob der Tod sofort oder erst später eintritt; im letzteren Falle kann jedoch der objektive Zusammenhang der Ursachen sich derartig verdunkeln, daß die Tötung nicht mehr nachweisbar ist; v. Holtzendorff aO. S. 420.

Die Verursachung muß dem Vorsatze des Täters entsprechen; hiernach beantworten sich zahlreiche Streitfragen, die bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten nur angesichts ihrer Schwere eine besondere Bedeutung erlangen; so die Fragen betreffs des error in objecto und der aberratio ictus (§§ 48 N. 15bβ, 59 N. 26 f.), so aber auch die Frage, ob ein sog. dolus generalis hinreichend sei, die zu verneinen ist, da zwar der eingetretene Tod des z. B. lebend ins Wasser Geworfenen, irrtümlich für den Streichen erlegen Erachteten dem Vorsatze des Täters entspricht, ein Kausalzusammenhang aber zwischen der Hdlg., mittels welcher der Täter die Tötung herbeiführen wollte, und dem Tode selbst nicht besteht; es liegt folglich nur Versuch der vorsätzl. Tötung, möglicherweise in Realkonk. mit fahrl. Tötung vor; so auch Finger I 263, Frank § 59 N. V 4 letzter Abs., Rubo N. 8. Daß endlich der Vorsatz auf die Herbeiführung der Tötung von Menschen im allgemeinen gerichtet sein könne, wie v. Bar Grenzboten 1876 I 166 f. annimmt, wird kaum denkbar sein, vielmehr der Täter stets nur die Tötung von Personen beabsichtigen, die er in gewissen Beziehungen näher bestimmt (Binding Normen 2 438), während das Objekt der Tötung allerdings nicht eine dem Täter bekannte Person (persona certa i. e. S.) zu sein braucht; Rüd.-St. N. 5.

4) Die Rechtswidrigkeit der Hdlg. ist die selbstverständliche Voraussetzung der vorsätzlichen Tötungsdelikte; so die GM., insbs. RG. II 22. Okt. 80 E. 2 376. Die vorsätzl. Tötung eines Menschen bleibt deshalb nicht nur auf Grund der allgemeinen Strafausschließungsgründe, wie Notwehr und Notstand (§§ 53, 54), straflos, sondern überall da, wo die Rechtswidrigkeit der Tötung durch Amts-, Dienst- o. Berufspflicht ausgeschlossen ist, wie z. B. bei Vollstreckung eines Todesurteils durch den dazu gehörig berufenen Scharfrichter, bei Tötung eines Widersetzlichen in rechtmäßiger Anwendung obrigkeitlichen Zwanges — insbs. seitens eines Forstbeamten, eines Grenzwächters, eines Polizeibeamten, einer Militärwache —, bei Tötung des Feindes im Kriege seitens einer Militärperson 2c. (s. auch N. 7_a); vgl. Zimmermann GS. 34 266 ff.

Auch die Tötung eines Kindes in der Geburt zur Rettung der Mutter erscheint, abgesehen von dem Gesichtspunkte des Notstandes, falls die Mutter selbst oder ein Angehöriger die Tötung vornimmt (§ 54 N. 8), wegen fehlender Rechtswidrigkeit der Hdlg. straflos, da die pflichtmäßige Ausübung seines Berufes dem Arzte die Rettung der Mutter, nötigenfalls selbst unter Vernichtung des zu einer Selbständigkeit noch nicht gelangten und deshalb noch einen Teil der Mutter bildenden in der Geburt begriffenen Kindes gebietet (vgl. T. I Abschn. 4 N. 9d u. § 218 N. 4); so: Binding Hb. I 803; vgl. ferner Oppenheim Ärztl. R. z. Eingriffen S. 32 sowie H. Meyer S. 271 f., der — wie jetzt auch Binding Lb. I 38 — den in Ermangelung eines Arztes eingreifenden Nichtarzt gleichfalls für straffrei erachtet, endlich Stooß Chirurg. Operation S. 72, der Satz, daß der Embryo zur Rettung des Lebens der Mutter geopfert werden dürfe, beruhe auf Gewohnheitsrecht.

Über den Nicht-Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Getöteten vgl. § 216 N. 1_2.

Zu § 211. N. 5—12.

5) Als Mord (wegen der Anzeigepflicht vgl. § 139 N. 1d) ist die vorsätzl. Tötung eines Menschen (N. 1—4) strafbar, wenn der Täter „die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat". Auf Grund der Begriffsbestimmung des PrStGB. § 175 („Wer vorsätzlich und mit Überlegung ... tötet"), hatte die PrPraxis (vgl. Oppenh. PrStGB. § 175 N. 8; abweichend jedoch Goltd. Mat. 2 371, der den Totschlag nur bei Abwesenheit jeder Überlegung als vorliegend ansah) die Überlegung bei der Fassung des Entschlusses verlangt. Im Gegensatze hierzu erachtet das RStGB., wie die Motive ausdrücklich betonen, die Ausführung der Tat als das Entscheidende und erfordert deshalb, daß die Tötung mit Überlegung ausgeführt werde; eine zwar mit Überlegung beschlossene, dagegen nicht mit Überlegung, namentl. im Affekte, ausgeführte Tötung ist sonach i. S. des RSt GB. nicht Mord, sondern Totschlag (§ 212). So die GM., insbs. RG. III 30. Apr. 83, 6. Juli 99, IV 9. Dez. 02, E. 8 276, 32 253, 36 26, (durch die III 22. Jan. 81 E. 3 295, soweit es eine entgegenstehende Auffassung vertreten sollte, für beseitigt zu erachten ist),

FS. 13. Sept. 83 R. 5 531, Berlin 13. Juli 76 O. 17 507. AM. RG. I 19. März 88 R. 10 256 (auch der Entschluß müsse auf Überlegung beruhen, das zit. RG. E. 8 276 habe dies auch nicht verneint); ferner: Berlin 2. Mai 72, 6. Juni 76, 23. Jan. 77, O. 13 292, 17 9, 18 59, Hälschner 2 52 N. 1, Oppenh.-D. N. 11, 13, nach denen § 211 des RStGB. vom § 175 des PrStGB. bloß redaktionell sich unterscheiden soll, da auch die im § 211 vorausgesetzte Überlegung die bei Bildung des Entschlusses zur Tat vorhandene ruhige Verstandestätigkeit bezeichne; auch v. Liszt S. 309 hält nur eine „durchaus unwesentliche Änderung" für vorliegend, erachtet aber (aO. N. 1) die Fassung des RStGB. für die Fragestllg. im schwurgerichtl. Verfahren sowie überhaupt für die Feststllg. im Urteile als maßgebend, während nach Meinung der anderen eine Feststllg. „vorsätzlich u. mit Überlegung getötet" ausreicht.

Die GM. verkennt übrigens nicht, daß wohl jeder Mörder im Laufe der Ausführung in Aufregung versetzt wird; so insbs. RMG. III 21. Juli 03 E. 5 270, das Maß der bei der Ausführg. angewendeten Überlegung sei je nach Umst. sehr verschieden; durch eine gew. Aufregung werde ihr Vorhandensein nicht ausgeschlossen. Sie folgert hieraus, in Verbindung mit der Fassung des § 211, daß die Überlegung die Ausführung der Tat in ihren wesentlichen Bestandteilen beherrschen müsse, sowie umgekehrt, daß der Affekt die Voraussetzung eines wesentlichen Teiles der Ausführung nicht bilden dürfe; so Merkel HRl. „Mord"; ähnlich: v. Holtzendorff HH. 3 428, H. Meyer S. 458; abweichend verlangen jedoch Schütze S. 383 u. Rüd.-St. N. 1 die Überlegung nur „zu Anfang der Ausführung", ähnlich v. Wächter S. 325.

6) Ob eine Tötung „mit Überlegung" ausgeführt wurde, ist wesentlich Tatfrage; denn es fallen dafür namentl. ins Gewicht, welche Mittel zur Herbeiführung des Erfolges ausgewählt wurden, die Zweckmäßigkeit der Art ihres Gebrauchs, die Beseitigung etwa der Ausführung entgegenstehender Hindernisse, die Sicherung des Täters gegen Verteidigungshdlgen sowie weiterhin gegen Verfolgung u. ähnliche Momente; mit dieser Auffassung, nach der die die planmäßige Ausgestaltung der Tat bezweckende Überlegung in Betracht kommt, übereinstimmend: v. Holtzendorff HH. 3 427, H. Meyer S. 457, Schütze S. 383, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 3, Katzenstein ZStrW. 24 517, während Binding Lb. 1 27, Hälschner 2 36, 48, v. Liszt S. 309, Frank N. I 2 im Anschluß an Wachenfeld, Überlegung im Mordbegriff (Diss.), das Wesen der Überlegung in der besonderen Art der Bildung des Entschlusses finden; einen mittleren Standpunkt nimmt Oppenh.-D. N. 2, 13 ein. Keines dieser Momente ist für sich entscheidend, sowenig wie die zwischen der Fassung des Entschlusses und der Ausführung liegende Zeitdauer; denn auch die der Entschließung fast unmittelbar nachfolgende Ausführung kann in der Hauptsache (N. 5_2) von Überlegung getragen sein; vgl. Berner S. 126, Hälschner 2 51, v. Wächter S. 324. Ein Mittel, das meist zu einer überlegten Ausführung benutzt wird, ist Gift; es kann aber auch ein Totschlag mittels Gifts verübt werden; so die GM.

Die „Überlegung" ist keine „persönl. Eigenschaft" des Täters; § 50 N. 5a.

Mit dem Vorsatz (N. 7) hat die Überlegung nichts zu tun; beides sind selbständige, voneinander unabhängige Begriffe. Deshalb ist das Erfordernis der Überlegung (N. 6) auch nicht auf die Rechtswidrigkeit der Tat mitzubeziehen; aM.: Hälschner 2 49, v. Holtzendorff HH. 3 429, H. Meyer S. 458.

7) Der Vorsatz besteht beim Morde im Wissen u. Wollen der rechtswidrigen Tötung eines Menschen. Die der Strafsanktion des § 211 zugrunde liegende Norm ist lediglich das Verbot der Vernichtung fremden Menschenlebens; auf die „mit Überlegung erfolgende Ausführung der Tötung" bezieht sich dagegen, wie die Fassung des Gesetzes selbst anzeigt, der Vorsatz nicht mit (N. 6); vgl. darüber: Binding Normen 2 396 N. 616, 508, Hälschner 1 515, v. Liszt S. 309, Rubo N. 3. Dieser Umstand ist vielmehr nur ein Strafbarkeitsmerkmal, das aufgestellt werden mußte, wenn der Gesetzgeber die Todesstrafe als alleinige Hauptstrafe gegen vorsätzliche Tötung beibehalten wollte; da aber nicht alle Fälle der vorsätzl. Tötung mit derselben Strafe belegt werden konnten, so wurde die Begriffsbestimmung des Mordes durch Aufnahme eines bestimmten Strafbarkeitsmerkmals, der Über-

letzten Ausführung der Tötung, notwendig; vgl. die Motive. So Binding Normen 2 509. AM.: v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 199, Oppenh.-D. N. 11, die Überlegung sei nicht eine vom Vorsatz verschiedene Willenstätigkeit, sondern qualifiziere ihn nur; auch die N. 5 zitt. RG. E. 3 295, R. 10 256 sprechen von „überlegtem" Vorsatz.

Hinreichend ist auch, wie überall, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, Eventualdolus (§ 59 N. 6); ein solcher war auch bei der Katastrophe von Bremerhaven im J. 1875 auf seiten des Thomas anzunehmen und ist nur tatsächlich zweifelhaft, ob der Eventualdolus lediglich auf die an Bord der Mosel (Hälschner G. 24 11) oder auf alle am Tage der projektierten Explosion innerhalb der Sprengweite des Fasses (Binding Normen 2 441 u. Lucas Subj. Verschuldg. S. 52) befindlichen Personen sich erstreckte; im ersteren Falle lag hinsichtlich der am Ufer getöteten Personen wegen aberratio ictus zwar kein Mord, dagegen nach Lage der Sache fahrlässige Tötung vor (§ 59 N. 27; vgl. auch o. N. 3 die Ansicht v. Bar's, nach der eine Begrenzung des dolus bezüglich gewisser Personen überhaupt nicht erforderlich sein soll)

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wird bei der Natur der vorsätzlichen, mit Überlegung ausgeführten Tötung nur ausnahmsweise ausgeschlossen sein, falls die Tötung objektiv rechtswidrig (N. 4) war; dennoch sind derartige Fälle denkbar, so z. B. in Kriegszeiten infolge des Erlasses eines seine Befugnisse überschreitenden Truppenbefehlshabers, der den Bürgern die Tötung feindlicher, das Inland betretender Soldaten gestattet; vgl. Binding Hb. 1 704. Wenn dagegen der Staat selbst durch ein dazu berechtigtes Organ, obschon in Überschreitung der völkerrechtlichen Grundsätze, eine solche Ermächtigung erteilt, so fehlt die Rechtswidrigkeit der Tötung auch im objektiven S.; v. Holtzendorff HH. 3 423.

8) Wenn es um den — in § 80 ausdrücklich erwähnten — Versuch (§ 43) des Mordes sich handelt, so kann nach dem o. N. 5_1 Bemerkten im schwurgerichtl. Verfahren nicht gefragt werden, ob „der Entschluß dahin gegangen sei, vorsätzlich zu töten und zwar diese Tötung mit Überlegung auszuführen" (Berlin 13. Juli 76 O. 17 507, RG. FS. 25. Juli 85 R. 7 497), vielmehr muß mit dem zit. Berlin gefragt werden:

„ob der Entschluß zu töten durch vorsätzliche u. zwar mit Überlegung unternommene Hdlgen, die einen Anfang der Ausführung dieses Verbr. enthielten, betätigt worden sei".

während das N. 5_1 zit. RG. E. 3 295 diese Fassung zwar nicht für rechtsirrtümlich hält, aber doch nur aus dem — unzutreffenden (N. 7) — Grunde, weil, da der im Versuche sich aussprechende Dolus begrifflich auf die Vollendung der Tat gerichtet sei (§ 43 N. 6), der Vorsatz notwendig ein überlegter gewesen sei, wenn feststehe, daß die Ausführungshdlg. mit Überlegung vorgenommen sei. Dagegen stehen voll auf dem diesseits vertretenen Standpunkt RG. III 6. Juli 99 u. IV 9. Dez. 02, E. 32 253, 36 26, von denen letzteres mit dem N. 5_1 zit. RG. R. 10 256 sich auseinandersetzt. Wie dieses hat übrigens auch RG. III 16. Jan. 02 E. 35 70 die sprachlich inkorrekte Fragestellg. („Entschluß, vorsätzlich zu töten") für richtig bzw. dem § 212 i. V. mit StPO. § 293 entsprechend erachtet mit dem Bemerken, daß, wenn das zit. E. 3 295 die o. befürwortete Fassung gebilligt, es damit nicht die Ungesetzlichkeit der anderen behauptet habe. Endlich hat RG. III 11. Feb. 04 G. 51 188 (btr. §§ 212, 43) ausgesprochen, daß die Fragestllg. nach der „Betätigung des Entschlusses, den N. N. zu töten, durch „Handlungen" dem Gesetze nicht genüge, da das ausdrücklich hervorgehobene Merkmal der „Vorsätzlichkeit" der Handlgen nicht zum Ausdrucke gebracht sei, obschon ein „Entschluß, fahrl. zu töten" nicht wohl denkbar sei.

Wegen Versuchs an einem untauglichen Objekte, desgleichen mit einem absolut untauglichen Mittel, vgl. § 43 N. 19 ff.

9) Wegen Anstiftung vgl. § 48 N. 15bβ, wegen Anstiftung und Beihilfe § 50 N. 5a, 8 sowie hinsichtlich der Fragestellung u. N. 11_2. Mit den Ausführungen zum § 50 N. 8 stimmt die GM. überein; aM. Schütze S. 388 N. 8. Merkel HRl. „Kindesmord" gelangt zu der eigentümlichen Ansicht, daß, falls die Tat gegen eine noch nicht gelöste Frucht begangen wurde, die Mitschuldigen einer Mutter nach den Bestimmungen über Kindesmord

zu bestrafen seien, weil es an den Voraussetzungen eines geeigneten Objektes für den Mord oder Totschlag aus den §§ 211, 212 fehle (vgl. o. N. 1).

Handelt es sich um Mittäterschaft (§ 47) wg. Mordes, so muß in der Fragestellung bezüglich eines jeden Mittäters zum Ausdruck gebracht sein, daß er die Tötung mit Überlegung ausgeführt habe; RG. FS. 14. Sept. 97 G. 45 368 (deshalb ungenügend die Fassung „indem die Tötung mit Überlegung ausgeführt wurde"). Wg. Mittäterschaft zwischen Mörder und Totschläger sowie zwischen Mörder und Vergifter vgl. § 47 N. 14a.

10) Wegen gleichartiger Idealkonkurrenz vgl. § 73 N. 19 II b, wegen ungleichartiger §§ 80 N. 8, 81 N. 4, 220 N. 6, 251 N. 8. Auch zwischen Mordversuch u. dem Verbr. aus SprengstoffG. § 5_1 ist Idealkonk. denkbar; RG. II 9. Juli 97 E. 30 216.

Wegen Ausschlusses des § 211 durch speziellere Bestimmungen vgl. §§ 205 N. 2, 216 N. 6, 217 N. 7; wegen des Verhältnisses zum § 214 vgl. das. N. 5, wegen desjenigen zum § 221 das. N. 13a, zum § 223 das. N. 17g, zum § 229 das. N. 9. Soweit die Hdlg. nach diesen Bestimmungen minder schwer qualifiziert ist, muß gemäß StPO. § 296 einem Antrage auf Vorlegung einer entsprechenden Hilfsfrage stattgegeben werden; RG. II 26. Nov. 80 E. 3 67 (btr. § 214).

11) In prozessualer Beziehung stellt die „Ausführung der Tötung mit Überlegung" als ein straferhöh. Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 sich dar, wenn auch der strafrechtliche Name „Totschlag" durch Hinzutreten jenes Umstandes in „Mord" verändert wird (§ 212 N. 1); so die GM., insbs. RG. II 4. Jan. 84, I 17. Nov. 98, E. 9 401, 31 332; aM. Binding Hb. 1 334 u. Lb. 1 27, Mord sei kein qualifizierter Totschlag.

Wenn übrigens das in N. 8 zum § 50 (s. auch o. N. 9) erwähnte Verhältnis vorliegt, so ist es zulässig, den zwar die Täterin betreffenden, aber nur für den Teilnehmer erheblichen Umstand der „Ausführung der Tötung mit Überlegnng" in die auf den letzteren bezügliche Hauptfrage aufzunehmen; RG. III 2. März 81 R. 3 93.

12) Als Hauptstrafe für den vollendeten Mord ist die Todesstrafe (§ 13 N. 1) angedroht, neben der nach § 32 BbER. erkannt werden kann. Wegen Unzulässigkeit von PolAuff. im Falle einer Begnadigung vgl. § 38 N. 7.

Der Versuch (N. 8) wird nach den §§ 44_2, 45 bestraft.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim vollendeten Morde in zwanzig, beim versuchten in funfzehn Jahren (das. N. 2c); wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^{1}.

§. 212.

Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung nicht mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 176. Entw. I § 186, II § 207.

1) Totschlag unterscheidet sich vom Morde (§ 211; vgl. im allg. das. N. 1—4) lediglich dadurch, daß der Täter bei diesem die Tötung „mit Überlegung", bei jenem „nicht mit Überlegung" ausgeführt hat; das letztere bedeutet nicht positiv, daß die Tötung „im Affekte" ausgeführt sein müsse (so jedoch: Hälschner 2 35, Merkel S. 306 u. HRl. „Totschlag", v. Wächter S. 324, der aber zugleich vor der Verwechselung von „Affekt" mit „Leidenschaft" warnt), sondern vielmehr nur negativ, daß „nicht feststeht, daß sie mit Überlegung ausgeführt ist" (so die Motive). Selbstverständlich bedarf dieses rein negative Moment nicht der Feststellung; RG. I 17. Nov. 98 E. 31 332 (vgl. auch III 6. Juli 99 E. 32 253). Daraus folgt wiederum, daß im Falle einer aus § 211 gestellten Frage bei Verneinung des Umstandes der überlegten Ausführung der Tatbestand des Totschlags übrig bleibt; Binding Lb. 1 28, Oppenh.-D. N. 3. Es erhellt hieraus, daß die „mit Überlegung erfolgte Ausführung der Tötung" lediglich ein das Verbrechen des Totschlages zu demjenigen des

Mordes erhebender straferhöh. Umst. ist (§ 211 N. 11). Dieses natürliche Verhältnis der beiden Verbr. zueinander, das den Totschlag als die Grund- u. Generalform (Normalform) der vorsätzlichen Tötung erscheinen läßt (Berner S. 510, v. Holtzendorff HH. 3 433, Schütze S. 383, v. Schwarze N. 2), wird dadurch in keiner Weise geändert, daß das RStGB., wie das PrStGB., aus mehr äußeren Gründen eine selbständige Definition der beiden Arten der vorsätzl. Tötung beliebt und sogar die des Mordes vorangestellt hat.

2) Bei der in N. 1 bezeichneten Sachlage muß vom Totschlag dasselbe gelten wie vom Morde, soweit nicht die überlegte Ausführung der Tötung in Betracht kommt; namentl. ergibt sich hieraus, da der Vorsatz beim Morde diesen Umstand nicht mit umfaßt (§ 211 N. 7), die Identität des Vorsatzes in den Fällen der beiden §§ 211, 212.

Ein Versuch (§ 43) des Totschlages ist denkbar. Wg. der Fragestellung vgl. § 211 N. 8, insbs. die dort zitt. RG. III E. 32 253, 35 70, G. 51 188, sämtlich btr. §§ 212, 43.

Wegen Mittäterschaft, Anstiftung u. Beihilfe vgl. § 211 N. 9, wegen des Verhältnisses des § 212 zu anderen §§. vgl. § 211 N. 10, sowie außerdem §§ 214 N. 1, 215 N. 1, 220 N. 6, 221 N. 13a, 223 N. 17g, 229 N. 9.

3) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von fünf bis zu funfzehn Jahren; wegen der außerordentlichen Hauptstrafe sowie wegen der zulässigen Nebenstr. vgl. § 213, insbs. N. 2b.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 213.

War der Todtschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getödteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur That hingerissen worden, oder sind andere mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängniß nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. § 177. Entw. I § 187, II § 208. Aktenst. Nr. 85.

1) Der dem § 213 entsprechende § 177 des PrStGB. schrieb den Ausschluß der Regelstrafe der Tötung (§ 212) und die Verhängung einer milderen Strafe nur für den besonderen Fall der „Reizung zum Zorn" vor, ließ aber „andere mild. Umst." nicht zu. Dem entsprachen auch die Entwürfe. In der RKommission wurde jedoch, wahrscheinlich in Anlehnung an den die mild. Umst. bei einer Mißhdlg. oder Körperverltzg. behandelnden § 196 des PrStGB., die jetzige Fassung beschlossen und solche demnächst in der zweiten Beratung angenommen.

2) Ausweislich des Wortes „Totschläger" bezieht die Bestimmung des § 213 sich nicht auf den Fall des § 211, ausweislich seiner Stellung aber auch nicht auf die §§ 214, 215 (so allg.: Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1, Katzenstein ZStrW. 24 548, speziell btr. § 214 RG. IV 13. März 94 E. 25 178, btr. § 215 Hälschner 2 47); § 213 spricht vielmehr lediglich die Zul. mild. Umst. beim einfachen Totschlage aus § 212 aus, und zwar mit der Folge, daß im Falle ihrer Annahme die Anwendung der milderen Strafe obligatorisch ist (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.). Daß es auch bei der „Reizung zum Zorn" in der Tat materiell (N. 6) nur um einen Sonderfall der mild. Umst. sich handelt, stellt die Fassung des § 213 selbst völlig klar, wenn auch die ausdrückliche Hervorhebung eines einzelnen mild. Umst. bzw. die Vorschrift, daß die „Reizung zum Zorn" unbedingt als mild. Umst. anzusehen sei, immerhin eine Ausnahme ist; so die GM., insbs.: RG. IV 8. Juni 86, I 21. Juni 00, E. 14 298, 33 323, Berlin 28. März 78 St. 8 161; aM.: Berner S. 279 (jeder den Richter gesetzlich verpflichtende Umstd., unter das ordentl. Strafmaß herabzugehen, sei ein gesetzl. Milderungsgrund, der als solcher zu den mild. Umst. im Gegensatz stehe), Schütze S. 384 (es enthalte § 213 einen privilegierten Fall des

Totschlages und sei auch der Ausdruck „mild. Umst." nicht im techn. S. zu verstehen), Erlanger Bedeutung des § 213 S. 7.

Als Folge der obigen Auffassung ergibt sich, daß bei Annahme einer Reizung oder eines anderen mild. Umst.:

a. die Qualifikation der strafb. Hdlg. nicht beeinflußt wird (§ 1 N. 7a), folgeweise auch der Versuch eines Totschlages stets nach § 43 strafbar ist (so die GM., bis auf Schütze u. Erlanger aO. S. 27, 31) und die Zuständigkeit (§§ 1 N. 14, 212 N. 3) unberührt bleibt (Oppenh.-D. N. 10, Löwe-H. StPO. § 1 N. 4a);

b. auf VbEN. erkannt werden darf (§ 32 N. 4b); zit. RG. E. 14 298, Oppenh.-D. N. 13a,

sowie ferner, daß § 50 (das. N. 2 β) auf § 213 keine Anwendung findet; aM. Erlanger aO. S. 34 für den Fall der „Reizung zum Zorn".

3) Der im § 213 besonders vorgesehene Umstand beruht zunächst auf der Voraussetzung, daß der Totschläger „ohne eigene Schuld" durch eine ihm selbst oder einem Angehörigen (§ 52_2) zugefügte „Mißhandlung oder schwere Beleidigung" von dem Getöteten zum Zorn gereizt worden sei.

a) Den „Mißhandlungen und schweren Beleidigungen" waren im Entw. des PrStGB. von 1829 noch die „groben Rechtsverletzungen" an die Seite gestellt, um dadurch i. S. des code pénal art. 324 den durch Ertappung des Ehebrechers veranlaßten Totschlag für entschuldbar zu erklären; jener Zusatz wurde aber demnächst gestrichen, weil der fragliche Fall durch die „schwere Beleidigung" bereits vorgesehen sei; Goltd. Mat. 2 375, Beseler PrStGB. S. 352. In demselben Sinne interpretierte demnächst auch Oppenh. PrStGB. § 177 N. 5, 7. Bei der wörtlichen Übertragung jener Bestimmung in das RStGB., wobei eine abweichende Auffassung nirgends hervortrat, muß auch jetzt dieselbe Auslegung Platz greifen, die überdies allein dem gesetzgeberischen Gedanken entspricht; „schwere Beleidigung" geht daher über die weiteste, aber immerhin noch technische, Bedeutung des Ausdrucks „Beleidigung" im Abschn. 14 (das. N. 2) hinaus; so die GM. Es wird darunter jede schwere innere Kränkung des Totschlägers oder eines seiner Angehörigen zu verstehen sein, und zwar ohne daß selbige notwendig direkt gegen eine jener Personen sich gerichtet zu haben braucht, wie z. B. die Erregung eines öffentlichen Ärgernisses in Gegenwart anständiger Frauenspersonen; Hälschner 2 42, v. Holtzendorff HH. 3 437 f., Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 3.

Nach v. Holtzendorff aO., v. Liszt S. 309, Schütze S. 384 N. 5 u. Katzenstein ZStrW. 24 544 soll unter „Mißhandlung" schlechthin nicht die bloß „körperliche" Mißhdlg. i. S. des Abschn. 17 zu verstehen sein; diese Auffassung erscheint jedoch bedenklich, nicht nur weil die Entstehungsgeschichte des PrStGB. § 177 nicht ergibt, daß der Begriff i. w. S. aufgefaßt worden, sondern auch weil „Mißhdlgen" psychischer Art meist unter den Begriff der „schweren Beleidigg." fallen werden, und deshalb gerade die Nebeneinanderstellung beider Begriffe für die Beziehung des einen auf das Körperliche, des anderen auf das Seelische spricht; so: Merkel HRl. „Totschlag", H. Meyer S. 461 N. 11.

Liegt eine „Mißhandlung" (z. B. eines Angehörigen) oder eine „schwere Beleidigung" nicht vor, wurde solche vielmehr vom Totschläger nur infolge eines Irrtums (der auch auf die Person des Mißhandelnden ꝛc. sich beziehen kann) angenommen, so ist auch der besonders vorgesehene mild. Umst. des § 213 nicht gegeben, doch kann immerhin ein „anderer mild. Umst." für vorliegend erachtet werden; so: Oppenh.-D. N. 9, v. Schwarze N. 2; aM.: Finger 1 251, Rüd.-St. N. 3, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 201, die auch dann den besonderen Milderungsgrund annehmen.

b) „Ohne eigene Schuld" (§ 54 N. 7b) ist der Totschläger gereizt worden, wenn er zu der ihm oder seinen Angehörigen vom Getöteten zugefügten „Mißhdlg. o. schweren Beleidgg." eine hinreichende Veranlassung nicht gegeben hat; denn keinesfalls kann jede Veranlassung, welche das Benehmen eines Menschen einem Anderen zur Mißhandlung desselben darbot, dem ersteren als „Schuld" zugerechnet werden; so die GM. Liegt aber

einerseits eine wirkliche „Mißhdlg. o. schwere Beleidgg." seitens des Getöteten vor, und fehlte andererseits die „eigene Schuld" des Totschlägers, so begründet, „die Reizung des letzteren zum Zorn" durch jene ohne weiteres die Anwendung des § 213, ohne daß noch zu untersuchen wäre, ob die Mißhdlg. ꝛc. eine derartige war, daß der Totschläger dadurch zum Zorn gereizt werden mußte; Erlanger Bedeutung des § 213 S. 25.

Mit Recht erachten übrigens v. Holtzendorff HH. 3 436 u. v. Schwarze N. 2 dafür, daß dem Richter nicht verwehrt sei, auch dann — andere — mild. Umst. anzunehmen, wenn selbst eine „eigene Schuld" des Totschlägers vorlag.

4) Der im § 213 besonders vorgesehene Umstand beruht auf der weiteren Voraussetzung, daß der Totschläger durch die in N. 3 charakterisierte Reizung „auf der Stelle" zur Tat „hingerissen" worden ist.

Wegen der Wendung „auf der Stelle" vgl. § 199 N. 4. Im Falle des § 215 deutet der Ausdruck „hingerissen" ganz bestimmt an, daß die Tötung noch in dem durch die Reizung hervorgerufenen Affekte verübt worden sein müsse; Hälschner 2 42, Rüd.-St. N. 4, auch v. Liszt S. 309, trotz Bestreitens, daß jene Wendung „zeitig" aufzufassen sei. Es wird sogar mit Rücksicht auf jenen Ausdruck ein hoher Grad des Affektes für erforderlich zu erachten sein; der Zorn muß den Täter zur Zeit der Tat noch vollständig beherrschen; so im wesentlichen die GM.; vgl. jedoch v. Holtzendorff HH. 3 436, „auf der Stelle" sei gleich „auf frischer Tat", wie auch v. Schwarze N. 5 die Analogie beider Ausdrücke hervorhebt; auch Schütze S. 384 N. 5 u. Oppenh.-D. N. 8 betonen die „Kontinuität", Merkel HRL. „Totschlag" „die Kontinuität eines den Vorgang beherrschenden Affektes der angegebenen Art", endlich H. Meyer S. 461 „den zeitl. u. innerlichen Zusammenhang".

5) Wegen des Verhältnisses des § 213 zum § 228 vgl. das. N. 1, zum § 229 das. N. 9.

6) In prozessualer Beziehung ist die materielle Natur der „Reizung zum Zorn" als mild. Umst. (N. 2) nicht derartig entscheidend, daß die Reizung auch i. S. der StPO. als mild. Umst. angesehen werden müsse. Wenn StPO. § 262 bestimmt, daß zu einer jeden dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung, welche die Schuldfrage betreffe, eine Mehrheit von zwei Dritteilen der Stimmen erforderlich sei, daß ferner die Schuldfrage „auch solche vom Strafgesetze besonders vorgesehenen Umstände begreife, welche die Strafbarkeit vermindern", während argumento e contrario und nach der Vorschrift des § 297$_2$ das. zur Verneinung der Frage nach dem Vorhandensein mild. Umst. es nur einer einfachen Mehrheit bedarf, so ist auf Grund dieser Gegenüberstellung anzunehmen, daß i. S. der StPO. der im § 213 unstreitig „besonders vorgesehene" Umstand der Reizung zum Zorn ein nur allgemein vorgesehener mild. Umst. nicht sei. So: RG. IV 8. Juni 86, I 21. Juni 00, E. 14 298, 33 323, v. Schwarze GS. 34 400, Borchert Teiln. S. 37 N. 19, Löwe-H. StPO. § 262 N. 2c, Stenglein StPO. § 262 N. 3. AM.: Rüd.-St. N. 5, Katzenstein ZStrW. 24 547 N. 93, sowie ORA. zu dem zit. RG. E. 14 298 (vgl. R. 8 441).

§. 214.

Wer bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegentretendes Hinderniß zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 178. Entw. I § 188, Kommissions-Entw. § 209, Bundesrats-Entw. § 209. Aktenst. Nr. 85. StB. S. 1178.

1) Die Tötung bei Unternehmung einer strafb. Hdlg. ist, ausweislich der Motive, „wegen ihrer großen Gefährlichkeit" unter eine besondere Strafandrohung gestellt. Hiernach kann es, namentl. i. B. mit der Stellung des § 214 zwischen den lediglich vom Totschlage handelnden §§ 212, 213 (vgl. übrigens das. N. 2), 215, nicht zweifelhaft sein, daß unter „vorsätzlicher Tötung" i. S. des § 214 nur der Totschlag (§ 212) zu verstehen

sei (vgl. dagegen § 217 N. 1); Geyer 2 6, Hälschner 2 45, H. Meyer S. 460, Schütze S. 384, 385 N. 7, v. Schwarze N. 7, Thomsen GS. 30 104. Der Umstand, daß die Tötung eines Menschen unter den im § 214 bezeichneten Verhältnissen geschah, ist daher i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 ein straferhöh. Umst. des einfachen Totschlags; RG. I 11. Juni 85, III 17. Sept. 85, E. 12 250, 364, Hälschner 2 45, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 10.

2) „Bei Unternehmung einer strafb. Hdlg." muß die Tötung erfolgt sein; „Unternehmung" ist dabei in dem weiten § 105 N. 2 erläuterten Sinne als eine jede Hdlg. zu verstehen, durch welche die Absicht an den Tag gelegt wird, eine strafb. Hdlg. zu begehen, mag auch jene Hdlg. noch nicht einmal bis zum strafb. Versuch gediehen sein; so: Geyer 2 6, Hälschner 2 45, v. Holtzendorff HH. 3 341, v. Liszt S. 310, Rubo N. 1, v. Schwarze N. 1, Katzenstein ZStrW. 24 539; aM.: H. Meyer S. 460, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 2, die darunter die vollendete Ausführung und den Versuch verstehen; eine Mittelmeinung vertreten Binding Lb. 1 29 f. u. Frank N. 11, insofern sie nur solche Vorbereitungshdlgen hineinbeziehen, die dem Versuche am nächsten stehen.

„Strafbare Handlung" ist an sich jede kriminell (RG. III 13. Apr. 92 E. 23 78; vgl. auch § 111 N. 3) strafb. Hdlg., sei es V., V. oder Übertr. Es schließt jedoch der Begriff der Unternehmung („an den Tag Legen der Absicht"!) die fahrlässigen strafb. Hdlgen aus; Binding aO., v. Holtzendorff HH. 3 442, Rüd.-St. N. 2, im Ergebnis auch Katzenstein aO. S. 537.

Die „strafbare Handlung", bei deren Unternehmung die Tötung erfolgte, bedarf der Feststellung; denn die Unternehmung einer solchen Hdlg. gehört gerade so gut zu den Tatbestandsmerkmalen, wie die vorsätzl. Tötung selbst. Danach muß auch im schwurgerichtl. Verfahren der Begriff der „strafb. Hdlg." durch Anführung derjenigen Merkmale, die das Gesetz zu den wesentlichen Begriffsbestandteilen des Delikts erhoben hat, bestimmt werden; so: zit. RG. E. 23 78 (in Erläuterung des anscheinend abweichenden I 19. Mai 81 E. 4 231), Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 7; aM. Oppenh.-D. N. 2.

3) Zu einem bestimmten Zwecke („um .. zu"), bezüglich dessen alternative Feststllg. zulässig erscheint (Wertheimer Mischgesetze S. 46), muß die Tötung erfolgt sein.

a) Zunächst nennt das Gesetz: die Beseitigung eines der Ausführung der strafb. Hdlg. entgegenstehenden Hindernisses. Der „Ausführung" (§ 43 N. 12) kann schon ein Hindernis entgegenstehen, wenn der Täter noch mit einer straflosen Vorbereitungshdlg. beschäftigt ist (N. 2); ihr kann aber auch noch ein Hindernis entgegentreten, wenn die strafb. Hdlg. juristisch bereits vollendet war, denn da die gesamte Straftat, wie sie sich tatsächlich abspielt, ins Auge zu fassen ist, so ist die Fortdauer der „Ausführung" noch nach jenem Zeitpunkte denkbar; Hälschner 2 45, v. Holtzendorff HH. 3 342, H. Meyer S. 460, Frank N. 11, Katzenstein ZStrW. 24 539.

b) Ferner wird der Zweck, „um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen" hervorgehoben; in Übereinstimmung mit StPO. § 127 nimmt die GM. an, daß der Totschläger bei Unternehmung der strafb. Hdlg. „betroffen" oder unmittelbar nach derselben „verfolgt" sein müsse; der seitens des Täters später behufs Beseitigung eines Zeugen oder eines Entdeckers der Straftat unternommene Totschlag fällt nicht unter § 214. Übrigens erhält hierdurch der Ausdruck „bei Unternehmung einer strafb. Hdlg." eine Erläuterung dahin, daß auch die Vorgänge unmittelbar nach der die Unternehmung der Straftat darlegenden Hdlg. darunter zu verstehen sind (vgl. § 251 N. 2).

Da der bei der Tötung verfolgte Zweck entscheidend ist, so genügt zur Anwendung des § 214 auch ein nur vermeintliches Hindernis bzw. eine nur irrtümlich angenommene Gefahr der Ergreifung; so die GM.

4) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; vgl. N. 1 sowie § 212 N. 2.

5) Eine Idealkonk. (§ 73) des qualifizierten Totschlags aus § 214 mit einem Morde (§ 211) ist nach dem N. 1 Bemerkten nicht möglich, vielmehr schließen, da § 214 zur Voraussetzung hat, daß die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt wurde, beide Bestimmungen derartig sich aus, daß ein bei Unternehmung einer strafb. Hdlg. verübter Mord lediglich unter § 211 fällt. So: RG. III 17. Sept. 85 E. 12 364, Frank N. 1, Thomsen GS. 30 86,

104m, Katzenstein ZStrW. 24 535, auch Binding Normen 2 512 N. 731, freilich aus dem Grunde, daß bei einheitlichem Verbrechensvorsatze (§ 212 N. 2) nur eine Konkurrenz von Qualifikationsgründen vorliege (vgl. jedoch § 73 N. 21a). AM. Berlin 14. Juli 75 O. 16 546, Oppenh.-D. § 211 N. 17, Rüd.-St. N. 1 u. § 211 N. 9. Wegen Stellung einer Hilfsfrage aus § 214 bei einer Anklage aus § 211 vgl. das. N. 10.

Wegen des Verhältnisses zum § 215 vgl. das. N. 2.

Wegen Idealkonk. mit § 251 vgl. das. N. 8.

Die Strafe für die „strafb. Hdlg.", bei deren Ausführung der Totschlag begangen wurde, wird durch die Bestrafung aus § 214 (anders wie i. F. des § 252 — das. N. 2 — die DiebstStr.) nicht absorbiert; RG. IV 7. Juni 04 G. 51 399.

6) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist, nachdem der Kommissions-Entw. lebenslängliches Zuchth., der Bundesrats-Entw. Todesstr. in Aussicht genommen hatte — unter Ausschluß mild. Umst. (§ 213 N. 2) —, Zuchthaus und zwar wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches (§ $14_{1/2}$), neben dem nach § 32 VbEN. erkannt werden kann.

Der Versuch (N. 4) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4 bzw. 2), 45 zu bestrafen, weshalb auf ZulPolAufs. (§§ 38 ff.) erkannt werden kann; vgl. § 44 N. 4, 5.

7) Nach § 67_1 findet die Verjährung der Strafverfolgung des vollendeten Verbr. in zwanzig, die des versuchten in funfzehn Jahren statt (das. N. 2c); wegen des Beginns der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2—7], 136[1].

§. 215.

Der Todtschlag an einem Verwandten aufsteigender Linie wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 179. Entw. I § 189, II § 210.

1) Wie § 214 (das. N. 1) enthält § 215 einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, straferhöh. Umst. des einfachen Totschlags (§ 212). Dieser Umstand liegt in dem Verhältnisse des Totschlägers zum Getöteten; letzterer muß ein „Verwandter aufsteigender Linie" (§ 52 N. 18) des ersteren gewesen sein; daß auch hier die unehel. Geburt der ehelichen gleichsteht, erkennen ausdrücklich an: RG. III 28. Nov. 04 G. 52 89, Binding Lb. 1 29, Birkmeyer Enzykl. S. 1162, Frank N. 1, während nach v. Liszt S. 310 der Begriff nach dem BGB. zu bestimmen sein soll. Mag man mit der GM. annehmen, daß der Dolus im Falle des § 215 ein durch die Richtung auf das Objekt eigenartiger sei, oder mit Binding Normen 2 510 f. behaupten, daß der Dolus hier der gleiche wie bei allen vorsätzlichen Tötungsverbrechen sei, unstreitig greift § 59 Platz. Deshalb findet § 215 keine Anwendung, wenn zwar der Getötete tatsächlich ein Verwandter aufsteigender Linie war, der Totschläger aber diese Eigenschaft nicht kannte. Dagegen erscheint es gleichgültig, ob das Vaterschaftsverhältnis z. Z. der Tötung subjektiv seitens des Getöteten durch Nichtbestreitung außer Zweifel stand; aM. v. Holtzendorff HH. 3 443.

2) Auf die Teilnahme am Verbr. findet § 50 Anwendung; das. N. 4 I c.

Idealkonkurrenz mit einem aus § 214 gleichfalls qualifizierten Totschlage ist denkbar; vgl. § 73 N. 21a; aM. Binding Lb. 1 30 u. Normen 2 511.

3) Die Strafandrohung ist die gleiche wie im Falle des § 214; vgl. deshalb sowie wegen Verjährung und Zuständigkeit das. N. 6, 7.

§. 216.

Ist Jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getödteten zur Tödtung bestimmt worden, so ist auf Gefängniß nicht unter drei Jahren zu erkennen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 211. StB. S. 656—660.

1) Die Tötung auf Verlangen des Getöteten bildet den Gegenstand eines selbständigen Verg. (§ 1 N. 7b); denn § 216 unterscheidet in keiner Weise, ob die

Tötung mit oder nicht mit Überlegung ausgeführt wird, bedroht vielmehr lediglich die — unter einer gewissen Voraussetzung vorgenommene — „Tötung" als solche, d. h. die vorsätzliche (§ 211 N. 1—4), mit Strafe; die eigenartige, dem Art. 157 des Kgl. Sächs. revid. StGB. v. 1. Okt. 1868 wörtlich nachgebildete Fassung des § 216 allein kann die entgegenstehende Auffassung, wonach auch im Falle des § 216 das Verbr. des Mordes o. Totschlages nur mit besonderen Strafrahmen vorliegen soll, um so weniger rechtfertigen, als die Entstehungsgeschichte dagegen spricht, insbs. im RT. Anträge, die den Fall des § 216 unter § 211 (§ 212) subsumieren und daher die Einwilligung des Getöteten ausdrücklich oder stillschweigend als mild. Umst. zulassen wollten, abgelehnt wurden. So die GM., insbs. RG. VStS. 8. Feb. 96 E. 28 200, Berlin 28. März 78 O. 19 177; jetzt auch Oppenh.-D. N. 6; aM.: ORA. u. GStA. zu den zitt. RG. u. Berlin, ferner: Hälschner 2 58, Kohler Studien 1 128. Die Frage, ob prozessual das Verlangen des Getöteten einen i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295 strafvermind. Umst. des Mordes bzw. Totschlages bilde, ist davon verschieden und in Übereinstimmung mit RG. II 25. März 84 R. 6 225, I 11. März 85, III 20. März 90, II 11. Jan. 95, E. 12 250, 20 351, 26 363 zu bejahen. Zur Feststellung gelangt dieser Umstand, sobald die Zweidrittelmehrheit der Richter nicht die Verneinung ausspricht; RG. II 16. Dez. 04 G. 52 92.

Ist aber auch der Tatbestand des § 216 i. S. des StGB. für ein selbständiges Verg. zu erachten, so folgt doch daraus nicht, daß diesem Delikte ein ganz anderer Charakter zukomme wie den übrigen vorsätzl. Tötungsdelikten; so jedoch Rödenbeck Zweikpf. S. 42 ff., ähnlich Ullmann GS. 37 543. Die Rechtswidrigkeit der Tötung (§ 211 N. 4) ist durch die Einwilligung des Getöteten, wenn sie in der im § 216 bezeichneten Art in die Erscheinung tritt, nicht für ausgeschlossen zu erachten; die Tötung eines Einwilligenden ist, mit Ausnahme des Falles des § 216, als Mord bzw. Totschlag zu bestrafen, indem von den Tatbeständen der §§ 211 u. 212 nur der leichteste Fall ausgeschieden ist; Binding Hb. 1 720, H. Meyer S. 461, Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 81, Rödenbeck GS. 37 140.

2) „Durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten" muß der Täter zur Tötung bestimmt worden sein.

„Verlangen" darf bei der singulären Natur der Vorschrift des § 216 nicht mit „Einwilligung" gleichgeachtet werden; so die GM.; aM.: Hälschner 2 55, Ortmann G. 25 117 mit Rücksicht auf § 142, und die Entlehnung des § 216 aus dem SächsStGB., in dem der Art. 157 die Überschrift „Tötung eines Einwilligenden" enthalten habe (wie auch die Motive von der „Tötung eines Einwilligenden" sprechen); allein Überschriften (Marginalien) können dem Gesetzestext gegenüber keine entscheidende Bedeutung beanspruchen, im § 142 (das. N. 5) aber ist die Gleichstellung beider Begriffe gerade durch den Inhalt des Paragraphen selbst gerechtfertigt.

Ein „ausdrückliches" Verlangen ist zwar auch dann anzunehmen, wenn die Tötung durch unzweideutige Geberden verlangt wird, schließt aber jedes nur präsumierte oder im Wege der Schlußfolgerung (aus sog. schlüssigen Hdlgen) angenommene Verlangen aus; so: Binding Hb. 1 721 u. Lb. 1 34, Hälschner 2 55, v. Holtzendorff HH. 3 445, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 4, Hartmann GrünhutsZ. 27 741; aM. Ortmann aO.

Wenn ferner die „Ernstlichkeit" des Verlangens erfordert wird, so erscheint dieses insofern überflüssig (so auch: Binding Hb. 1 721 N. 8, Ortmann aO., Katzenstein ZStrW. 24 550; aM. v. Schwarze N. 2), als bei fehlender Ernstlichkeit ein Verlangen selbstverständlich nicht vorliegt. Man wird deshalb das „ernstliche Verlangen" als ein „freies, zurechnungsfähiges" — und zwar eines Erwachsenen — auffassen dürfen, so daß die Tötung eines Geisteskranken auch auf ein von ihm in Wahrheit geäußertes Verlangen nicht unter § 216 fallen würde (s. jedoch § 218 N. 7); ebenso: Hälschner 2 56 N. 1, v. Liszt S. 313, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 4, Hartmann, Katzenstein aO.; aM.: v. Holtzendorff HH. 3 447, auch Binding Lb. 1 35 u. Frank N. II 2, die annehmen, daß auch ein Geisteskranker unter Umständen ein „ernstliches" Verlangen stellen könne.

3) Eine „Bestimmung" des Täters durch das Verlangen des Getöteten liegt nur dann vor, wenn das letztere beim Täter den Entschluß zur Tötung hervorgerufen hat;

nach der Fassung des Gesetzes muß auch das Verlangen des Getöteten das einzige ausschlaggebende Moment sein; es greifen hier die Grundsätze über die Anstiftung (§ 48 N. 4) analog Platz; Binding Hb. 1 720 u. Lb. 1 34. Würde nach vorausgegangenem Verlangen des Getöteten schließlich ein anderer Umstand den Entschluß bei dem noch zweifelhaften Täter hervorrufen, z. B. die von einem Angehörigen versprochene Belohnung, so würde die Voraussetzung des § 216 nicht vorliegen. So: Hälschner 2 56, Schütze S. 381, insbs. N. 8, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 2, Ortmann G. 25 118, Keßler Einwilligg. d. Verl. S. 82, Klee G. 50 370, sowie Ködenbeck Zweikpf. S. 44, Breithaupt Volenti non fit inj. S. 51, Hartmann GrünhutsZ. 27 744, Katzenstein ZStrW. 24 551, die jedoch — wie Hälschner — mit Recht für unerheblich erachten, ob der Bestimmungsgrund durch ein weiteres mitwirkendes Motiv unterstützt wurde; so wohl auch Oppenh.-D. N. 3, der im übrigen, übereinstimmend mit Hälschner, Breithaupt aO. u. H. Meyer S. 462, zutreffend bemerkt, daß der Täter das Verlangen des Getöteten nicht arglistig hervorgerufen haben dürfe, da alsdann jener, nicht aber dieser der Bestimmende gewesen sein würde; aM. v. Schwarze N. 4 u. Ortmann aO.; letzteren ist nur zuzugeben, daß nicht bei jeder Provokation des Tötenden auf das Verlangen des Getöteten die Anwendbarkeit des § 216 entfalle.

4) Der Dolus besteht nicht, wie beim Mord und Totschlag, in dem unbedingten Wollen der Tötung, sondern nur in dem Wollen der Tötung, insofern diese mit dem Verlangen des Getöteten selbst übereinstimmt; der Dolus ist deshalb im Falle des § 216 anders geartet wie in den Fällen der §§ 211, 212; so: Berlin 28. März 78 St. 8 161, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 200; vgl. auch Merkel HRl. „Tötungsverbr."; aM. Binding Hb. 1 721, Lb. 1 34 u. Normen 2 513 (die Tötung des § 216 sei nichts anderes wie privilegierter Mord- o. Totschlagsfall). Der beim Mord und Totschlag erforderliche unbeschränkte Vorsatz liegt deshalb nicht vor, falls der Täter auf Grund faktischen Irrtums ein „ausdrückliches und ernstes Verlangen des Getöteten" annahm; unter analoger Anwendung des Grundsatzes des § 59 N. 25c kann in solchem Falle folglich nicht Bestrafung aus den §§ 211, 212, sondern nur aus § 216 erfolgen; so: Binding Lb. 1 35 (abweichend Normen 2 513), Geyer 2 7, v. Holtzendorff HH. 3 447, H. Meyer S. 463, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 5, Ortmann G. 25 117, v. Buri aO., Katzenstein ZStrW. 24 552; aM v. Liszt S. 313.

5) Der Versuch ist nicht ausdrücklich für strafbar erklärt und deshalb im Hinblick auf die N. 1 entwickelte Ansicht nach § 43$_2$ straflos; aM. ebenso folgerichtig Hälschner.

Fraglich ist aber, ob, wenn auch der Versuch eines Verg. gg. § 216 straflos ist, nicht die in Ausführung eines solchen verübte Körperverlzg. nach Maßgabe der Vorschriften des T. II Abschn. 17 bestraft werden kann. Diese Frage hat RG. VStS. 8. Feb. 96 E. 28 200 in Übereinstimmung mit I 15. Nov. 80, 9. Nov. 93, E. 2 442, 24 369 bejaht, ebenso Oppenh.-D. N. 6, ferner v. Holtzendorff HH. 3 447 (weil die Einwilligg. in die Tötung nicht eine solche in die Körperverlzg. enthalte) u. mit Beschränkung der Strafbarkeit auf die Fälle der schw. Körperverlzg., weil sonst die Einwilligung Straflosigkeit bewirke, H. Meyer S. 218 N. 80, 463, Schlecht ZStrW. 19 856. Andererseits wird die Frage verneint, so ohne Begründung von v. Schwarze N. 6 A. 4, ferner aus dem nicht zutreffenden (vgl. zit. RG. E. 24 369) Grunde der Einwilligung des Verletzten von: Zimmermann G. 29 441, Kronecker u. Ortmann GS. 35 221, 375, meist aber aus dem u. E. richtigen Grunde, daß § 216 eine lex specialis enthalte, die unbedingt — beim Versuch nach ihrer negativen Richtung — Anwendung zu finden habe, zugleich unter Hinweis auf die Inkongruenz der Strafandrohungen, nach denen die aus der versuchten Tötung resultierende Körperverlzg. schwerer als die vollendete Tötung würde bestraft werden können, so von: Binding Hb. 1 358, 721 u. Lb. 1 35, Geyer 2 7, Schütze S. 395 N. 4. v. Wächter S. 201, 340, Frank N. III, Hartmann GrünhutsZ. 27 749, ferner Weinrich Recht 8 190, weil die nicht tödlich wirkende Verletzung nur fahrlässig geschehen sei, endlich, weil — oder wenigstens insofern — der Vorsatz ausschließlich auf Tötung gerichtet gewesen sei, ersteres von: Baumgarten Versuch S. 354, Breithaupt Volenti non fit inj. S. 53, Köhler Ideal-

u. Gesetzeskonk. S. 99 N. 3, Kohlrausch Irrt. S. 97 f. (das RG. habe auch von seinem Standpunkte aus zu einem anderen Ergebnisse kommen müssen), letzteres von: v. Liszt S. 313 (dessen Ansicht mit der des RG. sich nicht deckt), Beling ZStrW. 18 285, Katzenstein ZStrW. 24 556, die somit Bestrafung wg. Körperverletzg. zulassen, falls der Dolus wenigstens ev. auf Zufügung einer solchen gerichtet war.

6) Was das Verhältnis des § 216 zu den §§ 211 bzw. 212—215 betrifft, so müssen diese §§. durch jenen für völlig ausgeschlossen gelten; denn da die „Tötung" i. S. des § 216 die vorsätzl. Tötung sowohl mit als nicht mit Überlegung bezeichnet, so liegt in dem Umstande, daß § 216 eine Tötung „auf Verlangen des Getöteten" voraussetzt, eine Spezialisierung gegenüber den Bestimmungen der §§ 211 bzw. 212—215; John G. 25 402. Diese — von v. Liszt S. 313 u. H. Meyer S. 463, jetzt auch von Oppenh.-D. N. 6 sowie Katzenstein ZStrW. 24 557 geteilte — Auffassung ist wesentlich wegen der auf einem Redaktionsfehler (aM. v. Schwarze S. 602) beruhenden Folge angefochten, daß im Falle des § 216, obgleich ihm der Gedanke einer milderen Bestrafung zugrunde liegt, der Täter mit mindestens drei Jahren Gefängnis bestraft werden muß, während anderenfalls beim Totschlage nach § 213 auf sechs Monate hinuntergegangen werden kann; es wird deshalb mehrfach angenommen, daß § 216 nur gegenüber den §§ 211, 215 unbedingte Anwendung finde, daß dagegen § 216 beim einfachen Totschlage lediglich dann zur Geltung gelange, wenn die in erster Linie stehenden mild. Umst. des § 213 verneint worden seien; so namentl.: Binding Hb. 1 468 u. Lb. 1 35 (derselbe Rechtssatz könne nicht dazu bestimmt sein, einander widersprechenden Zwecken zu dienen), Hälschner 2 58, v. Holtzendorff HH. 3 447, Thomsen GS. 30 90, Breihaupt Volenti non fit inj. S. 52, Hartmann GrünhutsZ. 27 746.

Wegen des Verhältnisses des § 216 zum § 222 vgl. das. N. 6 letzt. Abs., wegen desjenigen zum § 229 das. N. 9.

7) Die Strafe ist Gefängnis von 3—5 J. (§ 16). Bei der selbständigen Natur des Verg. (N. 1) darf nicht auf VbER. als Nebenstr. erkannt werden (§ 32 N. 6b); Rubo N. 4.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 217.

Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tödtet, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter zwei Jahren ein.

PrStGB. § 180. Entw. I § 190, II § 212. StB. S. 660 f.

1) Auch beim Kindesmord wird die „vorsätzliche Tötung" (vgl. § 211 N. 1—4, auch § 214 N. 1) an sich, ohne Rücksicht darauf, ob sie mit oder nicht mit Überlegung ausgeführt wurde, mit Strafe bedroht; RG. III 2. März 81, 2. Jan. 90, R. 3 93, E. 20 171, John G. 25 403, v. Holtzendorff HH. 3 452, 455, H. Meyer S. 466. Deshalb ist der „Kindesmord", wie die Tötung auf Verlangen (§ 216 N. 1), ein selbständiges Delikt. In prozessualer Beziehung gilt aber ähnliches, wie dort; die Tötung des unehel. Kindes seitens der Mutter in o. gleich nach der Geburt ist i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295 ein strafverminð. Umst. des Mordes bzw. Totschlags; so die zitt. beiden RG.

2) Subjekt und Objekt des Verbr. müssen, wie im Falle des § 215 (das. N. 1), in einer bestimmten verwandtschaftlichen Beziehung zueinander stehen; eine „Mutter", d. h. eine leibliche — unverheiratete oder verheiratete — Mutter, muß ihr „uneheliches Kind" getötet haben. Daß für den Begriff der Unehelichkeit des Kindes die zivilrechtlichen Vermutungen nicht in Betracht kommen können, ist bei der selbständigen Natur des Strafrechts nicht fraglich; so die GM., insbs. Berlin 23. Jan. 77 O. 18 57. Ist in Gemäßheit des BGB. § 1575 auf Aufhebung der ehel. Gemeinschaft erkannt, so ist ein

nach der Rechtskraft des Urteils geborenes Kind, wenn es von einem Dritten erzeugt ist, unehelich, wenn es aber von Ehegatten erzeugt wurde, ehelich; denn da durch die Beiwohnung der Ehegatten miteinander die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt ist (BGB. § 1576$_1$), so sind damit für die Zukunft die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weggefallen (BGB. § 1587).

Zweifelhaft ist dagegen zunächst der Einfluß einer nichtigen Ehe. War aber schon früher mit der GM. für die hier in Rede stehende Frage, wie im § 171 (das. N. 3a), die formelle Existenz der Ehe für entscheidend zu erachten, so muß das jetzt angesichts des § 1699 BGB. um so mehr angenommen werden; es handelt sich hierbei nicht um „zivilrechtl. Vermutungen" (Abs. 1), sd. vielmehr um die Verleihung der Rechte ehel. Kinder an Kinder aus nichtigen Ehen, soweit die Nichtigkeit nicht auf einem — durch Eintragung ins Heiratsregister nicht verbesserten — Formmangel beruht; weil aber kraft Gesetzes Kinder aus einer nichtigen Ehe unter Voraussetzung der Kenntnis beider Ehegatten von der Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung als „ehelich" nicht gelten, so sind solche Kinder geeignete Objekte für das Verbr. aus § 217; so auch Frank N. II, für Kinder aus nichtigen Ehen sei BGB. § 1699 maßgebend; aM. Katzenstein ZStrW. 24 558 f., jedes nicht in einer formell u. materiell zu Recht bestehenden Ehe vom Ehemann gezeugte Kind sei unehelich. Hält hiervon abgesehen die Mutter ihr aus einer nichtigen Ehe stammendes Kind infolge zivilrechtl. Irrtums für ein „uneheliches", so greift § 59 analog Platz (u. N. 5).

Weiterhin ist zweifelhaft, ob die Erzeugung des Kindes seitens des Ehemannes in der Ehe stattgefunden haben müsse, oder ob die der Zeugung nachfolgende Ehe die Ehelichkeit des Kindes begründe; auch hier wird man mit der überwiegenden Meinung (vgl.: Berner S. 521, Hälschner 2 60, H. Meyer S. 466, Schütze S. 387 N. 6, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 2/4, v. Schwarze N. 1, Wehrli aO. S. 68) das letztere annehmen müssen, denn auch bei einem vom Ehemanne zwar vor der Eheschließung gezeugten, aber erst nachher geborenen Kinde trifft das gesetzgeberische Motiv nicht zu; aM.: v. Holtzendorff aO., Rubo N. 1.

3) Die weitere Voraussetzung des Kindesmordes ist die Tötung des Kindes „in oder gleich nach der Geburt". Mit Recht wird aber angenommen, daß die tötende Handlung, nicht der Tod selbst in der angegebenen Frist erfolgt sein müsse; v. Holtzendorff HH. 3 454, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 3, Katzenstein ZStrW. 24 563.

a) Ein Kind ist „in der Geburt", sobald die Geburt zwar ihren Anfang genommen hat, aber noch nicht vollendet ist. Da aber die „Geburt" mit den „Geburtswehen" beginnt, so ergibt sich, daß das Kind bereits von da an Objekt des Kindesmordes sein kann; so die § 211 N. 1 genannten Vertreter der diesseitigen Ansicht, während die Gegner annehmen, daß die Leibesfrucht bis zum teilweisen Austritt aus dem Mutterleibe nur Gegenstand der Abtreibung (§§ 218—220) sein könne. Die Streitfrage, ob die Geburt schon mit dem vollständigen Austritt des Kindes aus dem Mutterleibe, oder erst mit der Lösung der Nabelschnur vollendet ist (BGB. § 1), entbehrt mit Rücksicht auf die gleichwertige Alternative zu b (N. 4) des praktischen Interesses. Daraus, daß im § 217 auch eines Kindes „in der Geburt" ausdrücklich gedacht wird, folgt, daß ein solches i. S. des StGB. überhaupt Objekt der vorsätzlichen Tötungsdelikte sein kann; § 211 N. 1.

b) Die Worte „gleich nach der Geburt" bezeichnen keinen festen Zeitpunkt, innerhalb dessen die Tötung des Kindes erfolgt sein müsse, vielmehr unterliegt es wesentlich tatsächlicher Beurteilung, ob eine nach vollendeter Geburt ausgeführte Tötung noch als „gleich" nach der Geburt geschehen anzusehen ist. Immerhin wird es möglich sein, gewisse Grenzlinien zu ziehen, deren Außerachtlassung eine die Revision begründende Normverletzung enthalten würde. Ist die Neuentbundene, die im Zustande der Bewußtlosigkeit (§ 51 N. 7) eine strafb. Hdlg. überhaupt nicht begehen kann, zwar nicht mehr bewußtlos, aber doch noch nicht zur vollen Klarheit über den stattgefundenen Geburtsakt gekommen, so ist eine in solchem Zustande vorgenommene Tötung jedenfalls noch „gleich nach der Geburt" verübt. Andererseits ist dieses dann nicht mehr anzunehmen, wenn die durch den Geburtsakt veranlaßte Gemütsbewegung, die eben für strafmildernd zu erachten ist, aufgehört hat; denn in der Fortdauer dieser Gemütsbewegung — dem hierdurch hergestellten Zu-

sammenhang zwischen Geburt und Tötung des Kindes — findet die GM., insbs. RG. III 8. Mai 80 E. 2 153, mit Recht das entscheidende Moment, so daß eine nach ihrer Beseitigung erfolgte Tötung als Kindesmord nicht mehr angesehen wird; aM. v. Holtzendorff HH. 3 454 u. H. Meyer S. 466 N. 15, die auf den Gemütszustand kein ausschließliches Gewicht legen wollen. Unrichtig ist es, für die Annahme der Beseitigung der Gemütsbewegung gewisse Präsumtionen aufzustellen; so jedoch Liman HH. 3 508 (Reinigung des Neugeborenen durch die Mutter; dagegen mit Recht Wehrli Kindesmord S. 90) u. v. Schwarze N. 2 (Ablauf von 24 Stunden).

4) Eine alternative Feststellung dahin, daß die Tötung „in oder gleich nach der Geburt" erfolgt sei, ist mit Oppenh.-O. N. 10, Rüd.-St. N. 4 u. Wertheimer Mischgesetze S. 46 für zulässig zu erachten. Das Gesetz stellt offenbar beide Fälle, als bloße Modalitäten der Hdlg., ganz gleich; mag das eine oder andere der Fall sein, so liegt Kindesmord vor; vgl. § 47 N. 29.

5) Wegen des Dolus gilt das zum § 216 N. 4 Bemerkte entsprechend; der Vorsatz richtet sich nicht unbedingt, sondern nur insofern auf Tötung des Kindes, als dieses für ein uneheliches gehalten wird; so: Hälschner 2 60, Oppenh.-O. N. 11, Rubo N. 8, v. Schwarze N. 1, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 199; aM. Binding Normen 2 513. Nach Analogie des § 59 (das. N. 25 c) kann folglich die Mutter, die irrtümlich — sei es auch wg. zivilrechtl. Irrtums (N. 2_2) — ihr eheliches Kind bei der Tötung für ein uneheliches hielt, nicht aus §§ 211, 212, sondern nur aus § 217 bestraft werden; so: Binding Lb. 1 32, Geyer 2 8, Hälschner aO., Frank N. V, Wehrli Kindesmord S. 70; aM.: v. Liszt S. 312, Katzenstein ZStrW. 24 561. Hält umgekehrt die Mutter ihr uneheliches Kind für ein eheliches, so finden nicht die §§ 211, 212, sondern dennoch § 217 Anwendung (vgl. § 59 N. 25 b); so Geyer u. v. Liszt, während umgekehrt Binding u. Hälschner aO. hier § 217 nicht für anwendbar erachten. In diesem Falle kann auch nicht einmal ein Versuch der Verbr. des Mordes o. Totschlages angenommen werden, weil unter den Voraussetzungen des § 217 ein „uneheliches Kind" diesen Verbr. als Objekt entzogen ist, es somit an einem Objekte für sie fehlen würde (§ 43 N. 21); aM. v. Buri aO. S. 200.

6) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar.

Wegen „Anstiftung" und „Beihilfe" (§§ 48, 49) vgl. § 50 N. 8, womit Geyer 2 8, Hälschner 2 64, v. Liszt S. 312, Merkel S. 308, Frank N. III, Wehrli Kindesmord S. 67 u. Katzenstein ZStrW. 24 562 übereinstimmen. Vgl. auch § 211 N. 9.

7) Das Verhältnis des § 217 zu den §§ 211 bzw. 212, 213 ist dasselbe wie das des § 216 (das. N. 6), d. h. § 217 schließt als speziellere Bestimmung (N. 2, 3) die bezeichneten §§. aus, was freilich auch hier ebenfalls infolge eines Redaktionsfehlers (aM. Wehrli Kindesmord S. 126) zu der Unbilligkeit führt, daß bei Annahme mild. Umst. (N. 8) mindestens auf zwei Jahre Gefängnis erkannt werden muß, während der zulässige Mindestbetrag im Falle des § 213 nur sechs Monate beträgt. So: Hälschner 2 63, Merkel HRl. „Kindesmord", H. Meyer S. 467, Schütze S. 389 N. 10, Oppenh.-O. N. 17, Rubo N. 6, John G. 25 403 u., trotz abweichender Ansicht im Falle des § 216, v. Holtzendorff HH. 3 455. AM. Binding Lb. 1 33, der bei Annahme m. U. aus § 213 straft, sowie Thomsen GS. 30 87, bei einem den Charakter des Totschlages an sich tragenden Kindesmorde sei in erster Linie § 213 anzuwenden.

Wegen des Verhältnisses des § 217 zum § 221 vgl. das. N. 13 a, zum § 229 das. N. 9.

8 a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 3—15 J. (§ 14_2). Die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 a ff.) angedrohte Strafe ist Gefängnis von 2—5 J. (§ 16). Als Nebenstrafe kann sowohl neben Zuchth. als auch neben Gef. nach § 32 VbEN. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 4) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^{1}.

§. 218.

Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tödtet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Dieselben Strafvorschriften finden auf denjenigen Anwendung, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tödtung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

PrStGB. § 181. Entw. I § 191, II § 212.

Zu §§ 218—220. Vorsätzliche Tötung einer Leibesfrucht. N. 1—4.

1) Die Abtreibungsverbrechen der §§ 218—220 bestehen durchweg in der vorsätzlichen Verursachung des Todes einer nachweislich lebenden Leibesfrucht, entweder in oder nach der Geburt durch die Abtreibung selbst, d. h. also durch die vorzeitige Herbeiführung ihres Abganges aus dem Mutterleibe (RG. II 15. Apr. 90 E. 20 367, die bloße innerliche Lostrennung der Frucht von ihren Ernährungsorganen sei deshalb keine A.) oder noch vor ihrem Abgange durch Tötung „im Mutterleibe", auf welchen letzteren Worten der Nachdruck liegt (das zit. RG. erachtete die Herbeiführung der Unmöglichkeit einer Weiterentwickelung der Frucht nicht gleichbedeutend mit der Beendigung des Weiterlebens, d. h. mit Tötung). Dies ist zwar für den Fall der ersten Alternative bestritten und wird dafür erachtet, daß die Abtreibung als solche im Gegensatze zur Tötung des Kindes im Mutterleibe den Tatbestand eines besonderen Verbr. bilde, zu dessen Vollendung nur die durch die angewendeten Mittel bewirkte Trennung der Leibesfrucht (nach Meinung einzelner auch der bereits abgestorbenen) gehöre; selbst eine geringe künstliche Verfrühung des Geburtsaktes falle somit, wenn nicht die Rechtswidrigkeit durch besondere Momente ausgeschlossen sei (N. 4), unter diese Strafbestimmungen. Diese gegnerische Ansicht stützt sich wesentlich nur auf den Wortlaut des Gesetzes — und auch das nicht einmal mit Recht, da „Abtreibung" im gewöhnlichen Leben die vorzeitige Bewirkung des Abganges der Leibesfrucht mit tödlichem Erfolge bedeutet. Für die oben vertretene Ansicht spricht dagegen die Entstehungsgeschichte des wesentlich gleichlautenden § 181 PrStGB. (Goltd. Mat. 2 387), die Auslegung, welche dieser gefunden hat (Goltd. aO., Beseler PrStGB. S. 359, Oppenh. PrStGB. § 181 N. 1, 2, 5, Hälschner System 2 120 f.), ferner die Entstehungsgeschichte der §§. des RStGB. selbst, indem die Motive eine veränderte Auffassung in keiner Weise andeuten, RTverhdlgen über jene aber gar nicht stattgefunden haben, die Aufnahme der Bestimmungen der §§ 218—220 in diesen Abschnitt, endlich der innere Grund, daß bei Annahme eines Generalverbots „der Bewirkung des Abganges der Frucht" Hdlgen des verschiedenartigsten Charakters zusammengefaßt und mit derselben Strafe bedroht sein würden, was nur im Notfalle, der hier auch nach dem Sprachgebrauche keineswegs vorliegt, gerechtfertigt sein würde. So: RG. III 9. Juli 81 E. 4 380, Berner S. 524, Binding Lb. 1 38 u. Normen 2 513 ff., Birkmeyer Enzykl. S. 1163, Geyer 2 10, Hälschner 2 66 u. GS. 32 593, v. Holtzendorff HH. 3 458 u. HRl. „Abtreibg.", v. Lilienthal S. 61, Schütze S. 390, Frank N. II 1, III, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 1, 9, Horch Abtreibung S. 37, 45, 63, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 201, Sontag KritVJSchr. 19 30, Rohland Gefahr S. 37. AM.: Merkel S. 309, v. Wächter S. 336 u. GS. 29 10, v. Liszt S. 334, Ortloff GS. 34 445 N. **, auch H. Meyer S. 478, 480 f., obschon er als Objekt eine lebende Leibesfrucht verlangt. Eine Mittelmeinung vertritt Rubo N. 2, indem er zwar die Absicht, zu töten, und als Objekt eine lebendige Leibesfrucht, dagegen zur Vollendung des Verbr. nicht den Eintritt der Tötung erfordert.

Wegen fehlenden Tötungsvorsatzes liegt sonach ein Abtreibungsverbrechen nicht vor, wenn die Mutter ihre Frucht durch Bewirkung einer vorzeitigen Geburt die Rechte eines ehelichen Kindes sichern will; die von Horch aO. S. 42 angenommene Anwendbarkeit des § 169 in einem solchen Falle dürfte aber zu verneinen sein. Fehlt der Tötungsvorsatz,

51*

so liegt, wenn die Frucht infolge der vorgenommenen Hdlg. getötet wird, dennoch auch fahrl. Tötung nicht vor, da es zu diesem Vergehen an einem geeigneten Objekte fehlt (§ 222 N. 1); doch kann durch die fahrl. Abtreibung eine fahrl. Körperverletzg. der Schwangeren selbst verursacht werden; vgl. das § 230 N. 3d zit. RG. S. 47 286.

2) Hinsichtlich des Objektes der Abtreibung ist hervorzuheben, daß die Geburtswehen noch nicht begonnen haben dürfen, weil die Leibesfrucht alsdann ein bereits „in der Geburt" begriffenes Kind und somit Objekt der vorsätzl. Tötungsdelikte, insbs. des Kindesmordes, sein würde (§§ 211 N. 1, 217 N. 3a); RG. I 5. Nov. 94 E. 26 178.

Wenn auch die Abtreibungsverbr. nach N. 1 eine lebende Frucht (vgl. Hälschner 2 65 „eine in der Entwickelung begriffene menschl. Leibesfrucht und eine solche existiert vom Augenblicke der Konzeption an bis zur erfolgten Geburt") als Objekt erfordern, so kann eine sog. Mole trotzdem ein geeignetes Objekt der Abtreibung sein, denn auch sie ist eine im Mutterleibe wenigstens eine Zeitlang lebende Frucht (vgl. § 211 N. 1_2); Frank N. 1. Anders die GM., die jedenfalls zum Teil von physiologisch unrichtigen Anschauungen ausgeht; so z. B. Rubo N. 2. insbs. S. 756 N. ***. Vgl. auch N. 5a.

3) Welche Mittel zur Herbeiführung der Tötung der Leibesfrucht angewendet werden, ist an sich gleichgültig, wenn nur der Kausalzusammenhang zwischen dem Unternehmen der Abtreibung und dem Tode der Frucht feststeht (vgl. RG. III 9. Juli 81 E. 4 380 btr. die Aufhebung des Kausalzusammenhanges); während das PrStGB. § 181_1 noch ausdrücklich die Tötung durch äußere (mechanisch wirkende) oder durch innerliche Mittel (dynamisch wirkende eigentliche Abortivmittel) hervorhob, ist eine solche Erwähnung im RStGB. mit Recht unterlassen und zwar, nicht nur weil sie überflüssig ist, sondern auch weil unter Umständen (vgl. § 220 N. 1) rein psychische Mittel denkbar sind; v. Liszt S. 335. Wie hiernach die Anwendung verschiedener Mittel sowohl im Falle des Abs. 1, wie des Abs. 3 nur Modalitäten desselben Tatbestandes sind, so folgeweise auch die Tötung durch „Abtreibung" oder „im Mutterleibe"; eine alternative Feststellung bezüglich beider Arten der vorsätzlichen Tötung ist deshalb zulässig (§ 47 N. 29); Binding Normen 2 516, Oppenh.-D. N. 3, Ostern Alternativität S. 155, Wertheimer Mischgesetze S. 46. Hat aber das Absterben der Frucht infolge der verbr. Tätigkeit noch vor dem Austritt aus dem Mutterleibe stattgefunden, so ist die Tat i. S. des § 218 nur als Tötung der Frucht im Mutterleibe zu bezeichnen.

4) Die Rechtswidrigkeit der Hdlg. ist Voraussetzung auch der Abtreibungsverbrechen ebenso wie der vorsätzlichen Tötungsdelikte; so die GM. Hinsichtlich der Straflosigkeit der Abtreibung zur Rettung der Mutter gilt deshalb das zum § 211 N. 4_2 Bemerkte gleichfalls und zwar um so mehr, als es bei der Abtreibung um eine Frucht sich handelt, die auch nicht einmal zum Teil aus dem Mutterleibe herausgetreten ist; so die GM.; die Straflosigkeit der Abtreibung wird unter jener Voraussetzung unzutreffend gerechtfertigt von Rubo N. 11 aus dem Gesichtspunkte der Notwehr, von v. Schwarze § 54 N. 9, weil der Arzt lediglich als Werkzeug der Mutter sich brauchen lasse (§ 54 N. 8).

Zu § 218 N. 5—12. — Zu Absatz 1. N. 5.

5) Absatz 1, wegen dessen Verhältnis zu Abs. 3 unten N. 8 zu vergleichen, enthält zunächst den allg. Tatbestand der vorsätzl. Tötung der Leibesfrucht nach Maßgabe der Bemerkungen in N. 1—4. Die Besonderheit liegt darin, daß die Schwangere selbst als Subjekt des Verbr. vorausgesetzt wird, wozu nicht mehr als ein vorsätzliches, auf Herbeiführung des strafb. Erfolges gerichtetes Handeln der Schwangeren erfordert wird; RG. IV 19. Juni 96 E. 29 10. Das Verbr. ist deshalb ein delictum proprium, auf das im übrigen die allg. Regeln Anwendung finden. Es gilt dieses, abgesehen von der Möglichkeit der Begehung des Kommissivdeliktes durch Unterlassungen (§ 1 N. 3a; so auch das zit. RG. E. 29 10), namentlich:

a. für den Versuch, der insbs. auch dann anzunehmen ist, wenn das abgetriebene Kind am Leben bleibt; so: RG. III 9. Juli 81 E. 4 380, Hälschner 2 67, v. Holtzendorff HRL. „Abtreibg."; aM. Horch Abtreibung S. 47. Als bloßen Versuch sieht Hälschner 2 67 auch die Abtreibung einer sog. Mole an; s. jedoch o. N. 2_2. Wegen des sog. untauglichen Ver-

suchs vgl. § 43 N. 19 ff., insbs. die N. 21 zitt. **RG.** R. **4** 543, E. 8 198, **34** 217 sowie das N. 23 zit. **RG.** BStS. E. **1** 439 btr. Abtreibungsversuch bei fehlender Schwangerschaft bzw. mit einem absolut untauglichen Mittel; damit übereinstimmend Wächter S. 337 u. Horch aO. Wegen Abgrenzung des Versuchs von bloßer Vorbereitung vgl. § 43 N. 12, 15, 16, insbs. das in letzterer zit. **RG.** R. **9** 687, das die Annahme einer bloßen Vorbereitungshdlg. für rechtsirrtümlich erklärte. Wegen Rücktritts vom Versuche vgl. § 46 N. 2, insbs. die dort zitt. abweichenden **RG.** E. **3** 249, **6** 341, beide btr. einen Abtreibungsversuch;

b. für die Teilnahme; Mittäterschaft ist nicht denkbar (**RG.** II 26. Feb. 97 E. **29** 419), es sei denn, daß durch die vom Dritten entwickelte Tätigkeit der Tatbestand einer anderen strafb. Hdlg. (z. B. aus Abs. 3) erfüllt wird (§ 47 N. 14a); Anstiftung und Beihilfe dagegen sind unbeschränkt denkbar (§§ 48 N. 20, 49 N. 20), auch für den Fall, daß die Tat in den Grenzen des Versuchs geblieben war; **RG.** III 1. Dez. 80, II 24. Juni 81, E. **3** 162, **4** 302.

Der Vorsatz, die Frucht im Mutterleibe zu töten, kann übrigens auch bei einem Selbstmorde vorliegen, folglich, da die Hdlg. selbst die Frucht gleichfalls trifft, der versuchte Selbstmord, die Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren vorausgesetzt, an dieser als vollendetes oder versuchtes Verbr. aus § 218_1 strafbar sein; so: Binding Lb. **1** 39, H. Meyer S. 481, Frank N. III, Rüb.-St. N. 6, Horch aO. S. 41; aM.: v. Holtzendorff HH. **3** 459, v. Liszt S. 335, Oppenh.-D. N. 5. Insofern kann auch Beihilfe (§ 49) zum — versuchten — Selbstmorde strafbar werden.

Zu § 218 Absatz 3. N. 6—10.

6) Der Absatz 3 enthält den gleichfalls in der vorsätzl. Tötung der Leibesfrucht bestehenden Tatbestand eines selbständigen Verbr., dessen Täter — im Gegensatze zum Abs. 1 — nicht die Mutter, sondern ein Dritter ist; keineswegs erscheint dieser nur als Teilnehmer an dem Verbr. der Mutter aus Abs. 1, vielmehr kann diese umgekehrt Teilnehmerin an dem Verbr. aus Abs. 3 sein (vgl. N. 5b); so die GM., insbs. **RG.** III 10. Apr. 80 E. **1** 350, II 28. Juni 87 R. **9** 387.

7) Die „Einwilligung der Schwangeren" bildet für die aus Abs. 3 strafb. Hdlg. des Dritten die Voraussetzung; unter Einwilligung ist jedes ausdrückliche oder stillschweigende Einverständnis zu verstehen (Binding Lb. **1** 39, Rüb.-St. N. 2), ohne daß die Kenntnis des Täters davon erforderlich wäre (Rubo N. 7); denn den Gegensatz bilden die Worte „ohne Wissen oder Willen" im § 220 (das. N. 2), so daß „Einwilligung" mit „Wissen und Willen" gleichbedeutend ist. Aus dem Erfordernis der Einwilligung folgt, daß die Schwangere zurechnungsfähig gewesen sein muß; denn was ein Geisteskranker tut, ist keine Hdlg. im strafr. S., folglich kann auch eine von einem solchen abgegebene Erklärung keine „Einwilligung" i. S. des Abs. 3 enthalten; so: **RG.** II 10. Juni 90 E. **21** 14, Binding aO., v. Liszt S. 335, Frank N. IV 2, auch Geyer **2** 10 (für den Fall, daß der Täter die Unzurechnungsfähgkt. kannte — sonst würde ihm ein entschuldbarer tats. Irrt. zur Seite stehen); aM.: Hälschner **2** 70 u. GS. **32** 595, Oppenh.-D. N. 11, Horch Abtreibung S. 48.

Bei irrtümlicher Annahme (§ 59 N. 25c) einer Einwilligung der Schwangeren ist aus § 218_3 (bzw. § 219), nicht aus § 220 (das. N. 1) zu strafen; **RG.** I 13. Juli 87 E. **16** 184.

8) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Täter unter der eben bezeichneten Voraussetzung „die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei der Schwangeren angewendet oder ihr beigebracht hat". Da von einer vorsätzl. Tötung der Leibesfrucht durch psychische Mittel (N. 3) im vorliegenden Falle nicht wohl die Rede sein kann, so bezieht man mit Recht die „Anwendung" auf äußere, die „Beibringung" auf innere Mittel. Fraglich ist, inwieweit eine dieser Hdlgen die Mitwirkung der Schwangeren erfordere, denn daß überhaupt ihre Mitwirkung stattfinden müsse, kann nicht zweifelhaft sein; Hälschner GS. **32** 612.

Bei der Anwendung äußerer Mittel wird die Schwangere jedenfalls ohne weitere Beteiligung an der Haupthdlg., bloß duldend sich verhalten können, so daß ihre Mitwirkung lediglich auf die freiwillige Darbietung ihres Körpers zur Vornahme mechanisch wirkender Mittel an demselben sich beschränkt; vgl. jedoch **RG.** I 13. Juli 87 E. **16** 184 aE.

Die Beibringung innerer Mittel ist von dem im § 219 (das. N. 1 a) hervorgehobenen „Verschaffen" von Mitteln verschieden; das Darreichen eines selbstbereiteten Mittels an die Schwangere mit der Aufforderung, zu trinken, würde hier, wo die Schwangere als mitwissend vorausgesetzt wird, zwar ein „Verschaffen, nicht aber ein „Beibringen" sein (RG. I 11. März 80 E. 1 270); hiernach wird man für die „Beibringung" ein bloß duldendes Verhalten der Schwangeren verlangen müssen (vgl. jedoch § 229 N. 5), und deshalb erachtet Hälschner 2 71 sowie aO. S. 605 das Gesetz, insofern es von „Beibringung" spricht, für unpraktisch, weil ein bloß duldendes Verhalten beim Einnehmen innerer Mittel nicht denkbar sei; diese Ansicht ist jedoch nicht ganz zutreffend, da jemand durch Zuhalten der Nasenlöcher zur Reflexbewegung des Schluckens genötigt werden kann (vgl. § 240 N. 4_2).

Abgesehen von dieser Differenz gelangt man hiernach mit Hälschner aO. S. 596, 600 ff. zu dem Ergebnis, daß die Mitwirkung der Schwangeren, wenn diese bloß duldend ohne Beteiligung an der die Tötung verursachenden Hdlg. sich verhält, als Beihilfe (§ 49), anderenfalls aber als Mittäterschaft (§ 47) sich charakterisiert. So: RG. III 10. Apr. 80, I 13. Juli 87, II 21. Feb. 96, E. 1 350, 16 184, 28 164 (das Gesetz lasse in keiner Weise erkennen, daß die Gegenüberstellung der §§ 218_3, 219 mit § 220 — das. N. 1 — die Bedeutung einer vorhandenen oder fehlenden Mitschuld zwischen der Schwangeren und dem Dritten habe), v. Liszt S. 335, Frank N. IV 2, Oppenh.-D. N. 10, 12. AM. einerseits: ORA. zu dem zit. RG. E. 28 164, Berlin 29. Nov. 78 O. 19 558, H. Meyer S. 480, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 15, Horch aO. S. 51, die stets Mittäterschaft annehmen, andererseits Pfizer GS. 28 47, der an sich die Schwangere als die alleinige Täterin, den Dritten nur als Gehilfen ansieht. Hiernach kann auf Grund des § 218 das Verhältnis des Dritten zur Schwangeren selbst dahin sich gestalten:

a. beide Personen sind Mittäter in der Weise, daß die Schwangere aus Abs. 1, der Dritte aus Abs. 3 strafbar ist (N. 5 b); vgl. z. B. RG. III 25. Feb. 80 E. 1 263, die Hervorhebung des Mittäterschaftsverhältnisses mit Recht in dem Falle für überflüssig erachtend, wenn die Tätigkeit jedes einzelnen verursachend wirkt;

b. die Schwangere ist Alleintäterin aus Abs. 1, der Dritte Anstifter oder Gehilfe, namentl. durch — unentgeltliche — Verschaffung der Mittel; so die GM., insbs. RG. zit. E. 1 270, IV 19. Juni 96 E. 29 10; über Beihilfe zum versuchten Verbr. aus Abs. 1 vgl. noch N. 9 u. § 219 N. 3;

c. der Dritte ist Alleintäter aus Abs. 3, die Schwangere jedenfalls Gehilfin, vielleicht auch Anstifterin; zit. RG. E. 28 164, auch Hälschner 2 70, der diesen Fall als die Regel, den zu a. als die Ausnahme ansieht, sowie Geyer 2 10.

Übrigens kann selbstverständlich durchweg trotz strafb. Verhaltens des Dritten die in der einen oder anderen Weise bei der Tat beteiligte Schwangere selbst aus einem allgemeinen Schuld- oder Strafausschließungsgrunde straflos sein (N. 7); Rüd.-St. N. 7; vgl. auch zitt. RG. E. 1 350, 28 164.

9) Wenn Abs. 3 Anwendung finden soll, muß die Tötung der Leibesfrucht durch die Tätigkeit eines Dritten verursacht worden sein; diese muß daher jener zeitlich vorangehen, wodurch der Gebrauch der Perfektform („angewendet oder beigebracht hat") sich erklärt; vgl. § 151 N. 3. Es würde aber ebenso falsch sein, hieraus in diesem Falle den Ausschluß des Versuches (§ 43) zu folgern, als im Falle des § 211 (das. N. 8); vielmehr bildet die Verursachung der Tötung der Leibesfrucht nur die Voraussetzung des vollendeten, nicht aber des versuchten Verbr.; dieses ist in der Weise denkbar, daß die vom Dritten bei der Schwangeren „angewendeten oder ihr beigebrachten Mittel" ohne den erwünschten Erfolg geblieben sind; so überwiegend die Theorie; aM.: RG. III 10. Apr., 1. Dez. 80, II 24. Juni 81, 10. Juni 90, I 28. März 87, E. 1 350, 3 163, 4 302, 21 14, 15 25, dem Rüd.-St. N. 8 u. Baumgarten Versuch S. 434 zustimmen; das zit. E. 3 163, welches ausführt, daß auch die Anstiftung u. Beihilfe zum Verbr. aus Abs. 3 die erfolgte Tötung der Frucht voraussetzten, faßt Berlin 6. Juni 72 St. 1 347 seiner Ansicht entsprechend auf, allein mit Unrecht; denn dieses besagt vielmehr, daß das Verbr. aus Abs. 3 „nicht ohne Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg als vollendet zu betrachten sei", stimmt also mit der oben

vertretenen Meinung überein. Nach der abweichenden Ansicht des RG. würde, bei nicht gelungener Tötung der Frucht, die Anwendung bzw. Beibringung der Mittel seitens eines Dritten nur als Beihilfe zum Versuch eines Verbr. aus Abs. 1 bestraft werden können; so das zit. RG. E. 4 302.

10) Wegen des Verhältnisses des § 218_2 zum § 222 vgl. das. N. 11_2.

Zu § 218. Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 11, 12.

11a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr., auf das im Falle des Abs. 1 wie des Abs. 3 „dieselben Strafvorschriften" Anwendung finden (§ 49a N. 21_2), gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstr. ist Zuchth. von 1—5 J. (§ 14_2). Die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Strafe ist Gefängnis v. 6 Mt. bis 5 J. (§ 16). Als Nebenstrafe kann sowohl neben Zuchth. als auch neben Gef. nach § 32 VbEN. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 9) wird nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft. Wg. Rücktritts vgl. das § 46 N. 11a, b u. 14 Ie zit. RG. E. 35 102.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[2].

§. 219.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getödtet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 214.

1) Wie § 218_3 (das. N. 6), so enthält auch § 219 den Tatbestand eines selbständigen, die vorsätzl. Tötung einer Leibesfrucht begreifenden (vgl. deshalb § 218 N. 1—4) Verbr., dessen Täter gleichfalls ein Dritter ist; so die GM., insbs. RG. II 28. Juni 87 R. 9 387. Der Tatbestand des § 219 zeigt jedoch gegenüber dem des § 218_3, wie auch die Motive hervorheben, zwei Abweichungen.

a) Die erste Abweichung besteht darin, daß die Bestrafung auch auf den ausgedehnt wird, der der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung nur „verschafft" hat. Das „Verschaffen", wegen dessen Gegensatz zum „Beibringen" § 218 N. 8_3 zu vergleichen, setzt „eine Bemühung zur Erlangung allgemein nicht zugänglicher Stoffe oder ein heimliches Feilhalten voraus", weshalb die gegen Preis erfolgende Verabfolgung allgemein verkäuflicher Stoffe oder die Abholung eines bestellten Mittels seitens eines Dienstboten gegen Trinkgeld nicht unter § 219 fällt; v. Holtzendorff HH. 3 461 N. 16. Im übrigen erfüllt den Begriff i. S. dieses §. nur das gegenüber der Schwangeren selbst, unmittelbar o. durch fremde Vermittelung, geschehene Zugänglichmachen, nicht schon die Mitteilung an einen mit der Sachlage vertrauten Dritten, unter Umständen, die es von seiner Willensentschließung abhängig erscheinen lassen, ob der mitgeteilte Gegenstand in die Verfügungsgewalt der Schwangeren gebracht werde; RG. I 26. Juni 05 E. 38 btr. § 49a i. V. mit § 219.

b) Die zweite Abweichung besteht darin, daß der Dritte seine Tätigkeit „gegen Entgelt" entwickelt. Die Motive u. ebenso: v. Liszt S. 336, Frank N. I 1, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 3a, Horch Abtreibung S. 52 stellen Entgelt mit der „Gewährung irgendeines Vermögensvorteiles" gleich; allein seiner Bedeutung nach braucht ein Entgelt nicht gerade ein Vermögensvorteil zu sein (Rubo N. 3) und wird darunter ein jeder materielle Vorteil, sei es Gewinn oder Nutzen, zu verstehen sein (vgl. §§ 133 N. 8, 180 N. 11a). Gleichgültig ist, ob das Entgelt vorher versprochen war oder nicht (Horch aO.); dagegen liegt eine Tätigkeit „gegen" Entgelt nicht vor, wenn nachträglich ein weder versprochenes noch auch nur erwartetes Entgelt gewährt wird; v. Holtzendorff HH. 3 463 N. 20.

2) Andere Abweichungen des Tatbestandes sind nicht aufgestellt. So ist zunächst, nach der erst im Entw. II erfolgten Aussonderung des Tatbestandes des § 219 aus

dem des § 218₃ sowie im Hinblick auf die ausdrückliche Aufnahme der Worte „ohne deren Wissen und Willen" in den § 220, anzunehmen, daß die „Einwilligung der Schwangeren" (§ 218 N. 7) gleichfalls vorausgesetzt werde; RG. I 13. Juli 87, 30. Mai 92, E. 16 184, 23 147, III 7. Feb. 98 G. 46 126. Das Merkmal der „Einwilligung" soll nach den zitt. RG. E. 23 147, G. 46 126 im schwurgerichtl. Verfahren zwar in die Frage Aufnahme finden können, nach dem letzteren jedoch nicht müssen; diese von Oppenh.-D. N. 1 geteilte Ansicht erscheint bedenklich; entweder gehört das Merkmal in die Frage o. es darf nicht aufgenommen werden; es ist aber das letztere anzunehmen, weil das Merkmal, obschon es nach dem Zusammenhange der gesetzl. Bestimmungen zu subintelligieren ist, dennoch im § 219 nicht zum Ausdruck gebracht ist (vgl. über eine ähnliche Frage § 270 N. 1b); so auch Oetker GS. 64 92 N. 3.

Aber auch dem Zwischensatz, „welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat", darf nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß § 219 notwendig die Herbeiführung des Erfolges durch die Schwangere selbst als Täterin erfordere. Hiergegen sprechen nicht nur die in den Motiven klar niedergelegten Gründe, die zur Aufstellung des besonderen Tatbestandes des § 219 geführt haben, sondern auch die widersinnige Folge, daß, wenn die Schwangere nur Hilfe leistet, der Dritte gegen Entgelt Handelnde trotzdem nicht aus § 219, sondern nur aus § 218₃ strafbar sein würde. Man ist deshalb genötigt, in jenem Zwischensatze eine — übrigens auch in der Fortlassung der Worte „im Mutterleibe" vor „getötet" (vgl. § 220 N. 1) sich ausprägende — ungenaue Fassung zu sehen, deren Sinn dahin geht, daß zwar dann, wenn der Dritte die Mittel gegen Entgelt nur „verschafft" hat, die Schwangere selbst die tötende Hdlg. vorgenommen haben muß, anderenfalls aber, wenn der Dritte die Mittel „bei der Schwangeren angewendet oder ihr beigebracht hat", die Schwangere je nach den Umständen als Mittäterin oder nur als Gehilfin tätig geworden zu sein braucht, unbeschadet des Vorliegens besonderer die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausschließender Gründe (§ 218 N. 8). So: RG. III 10. Apr. 80 E. 1 350 (als selbständiges Delikt lasse es die verschiedenen Arten der Teiln. anderer, auch der Schwangeren, zu), zit. E. 16 184 (es solle mit dem Zwischensatze nur darauf hingewiesen werden, daß der wirklich eingetretene Erfolg als Voraussetzung des gegen § 218 erhöhten Strafsatzes anzusehen sei, — eine Auffassung, die wegen des u. N. 3 Bemerkten nicht völlig zutreffend erscheint), Hälschner 2 71 f. u. GS. 32 599, Schütze S. 391 N. 9, Oppenh.-D. N. 1. AM.: Berlin 29. Nov. 78 O. 19 558, Geyer 2 10, Rubo N. 2, auch Binding Lb. 1 40, v. Liszt S. 336, H. Meyer S. 482 N. 27 (die Mitwirkung der Schwangeren selbst solle unter keinen Umständen aus § 219 bestraft werden), ebenso v. Kries ZStrW. 7 537 (weil die Schwangere, als Täterin der Haupttat aus § 218₁, nicht noch wegen einer anderen Form der Beteiligung bestraft werden könne); dem schließt hinsichtl. der Strafbarkeit Frank N. II 1 sich an.

Es ergibt sich hieraus, daß, wenn die Hdlg. des Dritten in der „Anwendung oder Beibringung der Mittel" besteht, die „Entgeltlichkeit" lediglich einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. des Verbr. aus § 218₃ bildet, daß folglich das Verhältnis des § 219 zum § 218₁ dasselbe ist wie das des § 218₃ zum § 218₁ (vgl. deshalb § 218 N. 8); so zit. RG. E. 23 147. Bei der „Verschaffung" dagegen dient — wie die GM. mit Recht annimmt — die Entgeltlichkeit dazu, eine bloße Beihilfehdlg. (vgl. § 218 N. 8b) zu einer selbständigen Straftat zu erheben; § 49 N. 29a. Unrichtig nimmt jedoch Berlin 2. Dez. 74 St. 4 347 an, daß die Hdlgen aus § 219 an sich stets unter den Begriff der Beih. fielen.

3) Der Tatbestand des § 219 setzt, wie derjenige des § 218₃ (das. N. 9), für seine Vollendung — außer der erfolgten Gewährung des Entgelts — unzweifelhaft voraus, daß der Hdlg. des Dritten die Tötung der Frucht folge; auch hier ist deshalb die Perfektform gebraucht (§ 151 N. 3). Hieraus kann jedoch ein Grund für die Ansicht, daß § 219 überhaupt gar nicht in Frage komme, sobald die Tötung der Leibesfrucht durch die vom Dritten verschafften 2c. Mittel nicht gelungen sei, m. a. W., daß es einen nach § 43 strafb. Versuch aus § 219 nicht gebe, nicht entnommen werden. Eine solche abnorme Ansicht ist durch den

Wortlaut des § 219 ebensowenig zu rechtfertigen wie in den Fällen des § 218_2 oder gar des § 211; auch die Worte der Motive „Voraussetzung der Bestrafung sei auch in diesem Falle, daß die Abtreibung durch die Mittel erfolgt sei", bedingen diese Auslegung nicht; denn sie können sehr wohl so gedeutet werden, daß ein vollendetes Verbr. aus § 219 nur dann vorliege, wenn der beabsichtigte Erfolg erreicht wurde. Während aber die Strafbarkeit des Versuchs im Falle der „Anwendung o. Beibringung" der Mittel gerade wie beim § 218_2 eintritt, bleibt bei einem bloßen Verschaffen der Mittel die Voraussetzung für seine Strafbarkeit, daß mit diesen auch der Versuch der Abtreibung gemacht sei, weil sonst ein „Anfang der Ausführung" des Verbr. aus § 219 nicht vorliegen würde. So: Binding Lb. I 40, Geyer 2 10, Hälschner 2 73 u. GS. 32 600 f., H. Meyer S. 482 N. 27, Rüdorff (2. Aufl.) N. 4, v. Schwarze N. 6. AM. die überwiegende M., insbs. RG. III 10. Apr. 80, II 24. Juni 81, E. 1 350, 4 302, Berlin 2. Dez. 73, 3. Feb. 75, 19. Sept. 78, St. 4 347 f., O. 19 424; folgerichtig wird nach ihr die entgeltliche Verschaffung eines im Einzelfall untauglich gewesenen Mittels nur als Beihilfe zum Versuche des Verbr. aus § 218_1 bestraft (so insbs. RG. I 9. Feb. 80 E. 1 194, zit. E. 4 302), und ferner Anstiftung sowie Beihilfe nur unter der Voraussetzung der wirklich erfolgten Tötung der Frucht aus §§ 219, 48 bzw. 49 für strafbar erachtet (RG. III 1. Dez. 80 E. 3 162).

4) Zu vgl. ist wg. des Verhältnisses zum: § 49a das. N. 14, § 222 das. N. 11_2.

5a) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchth. von 1—10 J. (§ 14_3), neben dem nach § 32 BbER. erkannt werden kann.

b) Der Versuch (N. 3) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 220.

Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen vorsätzlich abtreibt oder tödtet, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

PrStGB. § 182. Entw. I § 192, II § 215.

1) Sowenig wie diejenige der §§ 218_3, 219 ist die Strafbestimmung des § 220 gegen die Schwangere selbst, sondern vielmehr gegen einen Dritten gerichtet; während aber in jenen Fällen (§§ 218 N. 7, 219 N. 2) die strafb. Tätigkeit des Dritten „mit Einwilligung der Schwangeren" geschah, geht § 220 davon aus, daß der Dritte „ohne deren Wissen oder Willen" tätig sei; RG. I 13. Juli 87 E. 16 184 (wo es jedoch korrekter statt „Gegenüberstellung des § 218_3 mit § 219 u. § 220" heißen müßte „der §§ 218_3, 219 mit § 220"). Die Hdlg. des Täters ist deshalb hier ohne weiteres als vorsätzliche Abtreibung oder Tötung der Frucht bezeichnet, wobei die Worte „im Mutterleibe", wie im § 219 (das. N. 2), ungenauerweise weggelassen sind. Die allg. Bemerkungen über vorsätzliche Tötung einer Leibesfrucht (§ 218 N. 1—4) finden daher hier ebenso Anwendung; jedoch ist hervorzuheben, daß beim Nichtwissen der Schwangeren auch die vorsätzliche Erregung einer heftigen Gemütsbewegung bei ihr als Mittel denkbar ist (§ 218 N. 3); so: H. Meyer S. 481, Rubo § 218 N. 10, Horch Abtreibung S. 44, auch die Anwendung eines „psychischen" Mittels sei strafbar; aM. v. Holtzendorff HH. 3 458.

Aus der völlig selbständigen Natur des § 220 folgt, daß bei einer gegen einen Dritten wegen Beih. zu § 218_1 erhobenen Anklage in dem Falle, wenn das Verbr. der Schwangeren verneint wird, weil ihr der erforderliche Wille gefehlt habe, auch trotz festgestellter äußerer Gehilfenhdlg. dennoch nicht ohne weiteres § 220 Anwendung finden kann; denn der auf

die Unterstützung des Täters gerichtete Wille deckt sich nicht mit dem auf die Tat als eigene gerichteten; RG. I 22. Nov. 88 E. 18 229.

2) „Ohne Wissen oder Willen" der Schwangeren erfolgt die Tötung der Leibesfrucht durch den Dritten, wenn jene von der Vornahme der verursachenden Hdlg. entweder nichts wußte oder sie nicht wollte oder weder kannte noch wollte; hiernach greift § 220 namentl. auch Platz, wenn die Schwangere von der Abtreibung zwar Kenntnis hatte, diese aber nicht wollte; so die GM. Ja es findet § 220 sogar dann Anwendung, wenn die Schwangere zwar die Abtreibung wollte, dennoch aber von der die Tötung verursachenden Hdlg. selbst keine Kenntnis hatte. Wohnte ihr diese aber bei, so kommt es allerdings darauf nicht an, daß die Zustimmung — ihre Einwilligung — ausdrücklich erklärt wurde; Binding Hb. 1 722 u. Lb. 1 40, v. Schwarze N. 1; vgl. auch Keßler GS. 38 569, die Alternative „Wissen o. Wollen" sei nur ein ungenauer Ausdruck für die Einwilligung, über deren Merkmale damit nichts gesagt sei. Es kommt aber darauf an, daß die Einwilligung nicht nur bezüglich der Abtreibung überhaupt, sondern bezüglich der Vornahme der konkreten abtreibenden Hdlg. selbst vorliegt.

„Ohne Wissen und Willen" geschieht übrigens die Abtreibung auch in dem Falle, wenn die Schwangere dem Dritten lediglich erlaubte, die Frucht lebend abzutreiben; Oppenh.-D. N. 1, Horch Abtreibung S. 43.

„Ohne Willen" ist nicht gleichbedeutend mit „wider Willen" (vgl. §§ 236, 237, 370[5]); zur Anwendung des § 220 genügt deshalb, daß die Einwilligung der Schwangeren fehlte, dagegen ist nicht erforderlich, daß sie ihre Nichteinwilligung „ernstlich zu erkennen gegeben habe"; so: Binding Lb. 1 40, Schütze S. 391 N. 10, Frank N. I 1, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 2; aM. Horch aO. S. 53.

Ist die Schwangere nicht zurechnungsfähig, so findet, auch im Falle einer erklärten Einwilligung, dennoch § 220 Anwendung (vgl. § 218 N. 7); aM. Oppenh.-D. N. 1.

Der negative Umstand einer Abtreibung „ohne Wissen oder Willen" der Schwangeren bedarf der Feststellung, da nur unter jener Voraussetzung § 220 Platz greift; so die GM.

3) Der Dolus soll nach Binding, Normen 2 517 u. Lb. 1 40 N. 1, der gewöhnliche Vorsatz der Abtreibung sein, ein gegen Leib oder Leben der Mutter gerichteter Gefährdungsvorsatz nicht hinzutreten, da der Gesetzgeber die Gefährdung nicht als wesentlich ansehe; auch das die Strafschärfung veranlassende Strafbarkeitsmerkmal sei nicht in der bestimmten Wissenschaft des Täters zu finden, so daß § 220 selbst gegen denjenigen angewendet werden müsse, der gegen den Willen der Mutter abtreibe, während er ihre Zustimmung annahm. Die Motive machen dagegen gerade für die Schwere der Strafsanktion der § 220 den „so erheblichen und gefährlichen Eingriff in die Existenz einer anderer Person" geltend; der Täter muß folglich das Bewußtsein eines solchen Eingriffs haben, und die Kenntnis davon, daß die Abtreibung „ohne Wissen oder Wollen der Schwangeren" erfolge, ist nicht nur nach § 59 zur Strafbarkeit erforderlich, sondern gehört auch zum Dolus; so: RG. I 13. Juli 87 E. 16 184, Frank N. I 1, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 201; aM. Binding Lb. 1 40.

4) Absatz 2 bezeichnet als einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 die „Verursachung des Todes der Schwangeren" (T. I Abschn. 4 N. 3_2).

5) Während ein Versuch (§ 43) des Verbr. im Falle des Abs. 1 unbedingt denkbar ist, so im Falle des Abs. 2 begrifflich nur in der Weise, daß zwar die Tötung der Frucht nicht gelang, wohl aber durch die Hdlg. der Tod der Mutter verursacht wurde, z. B. durch die Frühgeburt eines lebenden Kindes (§ 43 N. 5_2); so v. Liszt S. 337 u. Rüd.-St. N. 4, während Hälschner 2 75, v. Schwarze N. 2 u. Horch Abtreibung S. 54 vollendetes Verbr. annehmen; aM.: H. Meyer S. 482, Frank N. II i. V. mit § 43 N. V 3c, Oppenh.-D. N. 5, Pfizer GS. 28 46, es liege Versuch des Verbr. aus Abs. 1 in Idealkonk. mit § 222 vor. Vgl. Thomsen Versuch S. 128 ff.

6) Idealk. (§ 73) mit den §§ 211 bzw. 212 ff. findet bei vorsätzl. Tötung einer Schwangeren statt, falls Täter deren Zustand kannte; so: Oppenh.-D. N. 5, Horch Abtreibung S. 42, 54; aM.: v. Holtzendorff HH. 3 459 (weil die Hdlg. nicht unmittelbar gegen die

Frucht gerichtet sei), v. Schwarze § 218 N. 10 (der Abortus als Folge einer dolosen Körperverltzg. komme nur als Strafzumessungsgrund in Betracht).

7 a) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist: im Falle des Abs. 1 Zuchthaus von 2—15 J., im Falle des Abs. 2 Zuchthaus und zwar wahlweise entweder zeitiges von 10—15 J. oder lebenslängliches (§ 14). Als Nebenstrafe kann durchweg nach § 32 RbER. erkannt werden.

b) Der Versuch (N. 5) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4 bzw. 2), 45 bestraft, weshalb im Falle des Abs. 2 auf ZulPolAufs. (§§ 38 ff.) erkannt werden kann; § 44 N. 4, 5.

8) Nach § 67, findet die Verjährung der Strafverfolgung des Verbr. aus Abs. 1 sowie des versuchten Verbr. aus Abs. 2 in funfzehn, die des vollendeten Verbr. aus Abs. 2 in zwanzig Jahren statt (vgl. das. N. 2c). Wegen ihres Beginnes vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 221.

Wer eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hülflose Person aussetzt, oder wer eine solche Person, wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat, in hülfloser Lage vorsätzlich verläßt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Wird die Handlung von leiblichen Eltern gegen ihr Kind begangen, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung der ausgesetzten oder verlassenen Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.

PrStGB. § 183. Entw. I § 193, II § 216. Aktenst. Nr. 85.

Zu § 221 Absatz 1. N. 1—8.

1) Objekt des Verbr. der sog. Aussetzung ist „eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hilflose Person“. Eine aus einem anderen Grunde, z. B. wegen Fesselung, hilflose Person ist deshalb kein Objekt der Aussetzung; es kann aber auch gegen eine jugendliche, gebrechliche o. kranke Person, nur insofern sie eben deshalb hilflos ist, das Delikt der Aussetzung verübt werden; RG. I 9. Jan. 82, 21. Feb. 84, E. 5 393, 10 183.

2) „Hilflos“ ist im allgemeinen eine Person, die ohne die Hilfe Dritter an Leib oder Leben gefährdet ist; ähnlich: Binding Lb. 1 62, Hälschner 2 77, v. Holtzendorff HH. 3 465 N. 5, Bruck Verbr. gg. d. Willensfrht. S. 72.

3) Die einzelnen Gründe der Hilflosigkeit, hinsichtlich deren eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) für zulässig zu erachten ist (Ostern Alternativität S. 155, Wertheimer Mischgesetze S. 46), sind:

a) Jugendliches Alter; während dieses i. S. anderer Bestimmungen des StGB. (vgl. §§ 56 N. 2, 57 N. 19) mit einer bestimmten Altersgrenze abschließt, kann davon in Hinsicht auf die Natur dieses Deliktes nicht die Rede sein (so auch die Motive), vielmehr ist lediglich mit Rücksicht auf die einzelne Persönlichkeit zu beurteilen, ob eine Hilflosigkeit wegen „jugendlichen Alters“ anzunehmen sei; die volle körperliche Entwickelung bildet aber der Natur der Sache nach die Grenze, bis wohin eine Hilflosigkeit aus dem bezeichneten Grunde angenommen werden kann (s. jedoch c).

b) Gebrechlichkeit; sie kann namentl. auch durch Altersschwäche veranlaßt sein.

c) Krankheit, d. h. ein pathologischer Zustand, der entweder überhaupt nicht oder nur durch einen längeren oder kürzeren Heilungsprozeß wieder beseitigt werden kann (Hälschner 2 84), und zwar nicht bloß körperliche, sondern namentl. auch geistige Krankheit, wenn diese, trotz körperlicher Entwickelung (a), die Hilflosigkeit begründet. Als eine krankhafte

Störung der Geistestätigkeit (Casper-Liman Gerichtl. Medizin 1 633, v. Krafft-Ebing Psychopathologie 2. Aufl. S. 276 ff.) kann auch schwere, insbs. bis zur Bewußtlosigkeit gesteigerte, Trunkenheit eine Hilflosigkeit „wegen Krankheit" begründen; so: RG. I 9. Jan. 82 E. 5 393, Dresden 20. März 71 St. 1 51, Hälschner 2 77, v. Liszt S. 323, H. Meyer S. 483, Schütze S. 393 N. 14, 444 N. 6, Oppenh.-O. N. 1, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze aO.; aM.: Geyer 2 11, Merkel HRl. „Auss. Hilfsb."; zweifelhaft ist v. Holtzendorff HH. 3 465 N. 6.

4) Die beiden kumulativen Mischtatbestände (so auch Wertheimer Mischgesetze S. 47; aM. Ostern Alternativität S. 155 N. 7) des Abs. 1 bestehen darin, daß der Täter eine Person der in N. 1—3 charakterisierten Beschaffenheit entweder „aussetzt" oder „in hilfloser Lage vorsätzlich verläßt", letzteres unter gewissen, unten N. 6 bezeichneten Voraussetzungen. Aus dieser — disjunktiven, nicht konjunktiven (vgl. über den Unterschied in prozessual. Beziehung RG. II 27. Apr. 94 E. 25 321) — Nebeneinander- bzw. Gegenüberstellung erhellt, daß dem „Verlassen in hilfloser Lage" offenbar ein „Aussetzen in hilfloser Lage" entspricht, eine Wendung, die auch im § 234 gebraucht wird; v. Schwarze GS. 24 54. Eine „Aussetzung" i. S. des § 221 liegt demnach nicht vor, wenn nicht derjenige, gegen den die Handlung sich richtet, dadurch in eine „hilflose Lage" gerät; so die GM., insbs. RG. III 21. Apr. 80 E. 2 15.

Wann eine „hilflose Lage" anzunehmen sei, ergibt sich nach dem N. 2 Bemerkten von selbst, dann nämlich, wenn die hilflose Person derartig vereinzelt wird, daß sie, vom Zufall abgesehen, von der für sie nötigen Hilfe dritter Personen abgeschnitten und deshalb an Leben oder Gesundheit gefährdet ist; so: RG. II 27. Jan. 82 R. 4 78, I 23. Okt. 82 E. 7 111, Binding Lb. 1 63, v. Liszt S. 323, Merkel S. 302, v. Schwarze aO. S. 64, Villnow GS. 24 117; aM. Birkmeyer Enzykl. S. 1163, stets Lebensgefährdung.

Erst durch die Herbeiführung einer solchen „hilflosen Lage" wird nach dem oben Gesagten eine aus § 221 strafb. Hdlg. vollendet; so: RG. II 24. Apr. 85 R. 7 250 (das Verg. sei somit ausgeschlossen, solange die Absicht auf Leistung der Fürsorge fortbestehe und sich zu betätigen vermöge), v. Holtzendorff HH. 3 468 N. 12, Schütze S. 394, v. Schwarze N. 13 u. aO. S. 65. Andererseits genügt die hierin liegende Gefährdung zur Vollendung, während irgendwelcher Nachteil nicht erforderlich ist; v. Holtzendorff aO.

Fehlt der ursächliche Zusammenhang zwischen der Hdlg. des Aussetzens bzw. Verlassens einerseits und der Gefährdung andererseits, so liegt der Tatbestand nicht vor. Deshalb namentl. nicht, wenn die hilflose Lage erst durch eine spätere Hdlg., z. B. durch Unterlassung der Übersendung weiterer Unterhaltsmittel seitens des Ehemanns, der seine Familie unter Veränderung seines Aufenthaltsorts verlassen, entstanden ist; RG. I 21. Feb. 84 E. 10 183. Ferner nicht, wenn die Gefährdung schon früher bestand, also z. B. wenn der ernährungsunfähige Familienvater seine bereits im Elend befindliche Familie verläßt; Merkel S. 302.

5) Der erste Mischtatbestand des „Aussetzens" erfordert begrifflich eine vorsätzliche positive Tätigkeit, durch welche die hilflose Person aus ihrem bisherigen Zustande in einen anderen — und zwar einen hilflosen (N. 4) — versetzt wird; so: RG. I 23. Okt. 82, IV 20. Mai 98, E. 7 111, 31 165, v. Liszt S. 323. Bei diesem Tatbestand ist folglich eine bestehende rechtliche Verpflichtung des Täters zum Schutz oder zur Fürsorge kein Erfordernis; so die zitt. RG. Möglich ist, daß die erforderliche Tätigkeit nur in einer rein psychischen Einwirkung bestehe, aber diese kann doch nur dann den Begriff des „Aussetzens" erfüllen, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen jener Einwirkung und dem Sichfortbegeben der hilflosen Person besteht, nicht aber, falls diese der eigenen Entschließung folgt; RG. III 1. Juli 97 G. 45 357.

6) Voraussetzung des zweiten der Mischtatbestände des Abs. 1 ist entweder, daß die hilflose Person „unter Obhut des Täters stehe", oder daß „der Täter für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme der hilflosen Person zu sorgen habe".

a) „Unter Obhut (§ 174 N. 16b) Stehen" umfaßt im Unterschiede von „der Obhut Anvertrauen" (das. N. 16c) auch dasjenige Verhältnis der hilflosen Person zum Täter, in dem diese nicht infolge eines besonderen Vertrauensaktes, sondern aus einer natürlichen

Verpflichtung unter dem Schutze des letzteren sich befindet; immerhin aber wird es um ein rechtliches Schutzverhältnis sich handeln müssen und genügt ein rein moralisches — also auch ein rein faktisches — nicht; liegt aber ein rechtliches Verhältnis vor, so ist gleichgültig, ob die Verpflichtung vom Täter freiwillig bzw. in wohlwollender Absicht übernommen war oder nicht. So: Geyer 2 12, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 5, Rubo N. 2, v. Schwarze N. 5 u. GS. 24 57. AM.: Binding Lb. 1 62 f., Hälschner 2 79, v. Liszt S. 323, Merkel S. 302 u. HRl. „Ausſ. Hilfsb.", H. Meyer S. 484, Schütze S. 393 N. 15 u. Rüd.-St. N. 5, die eine bloß „faktische Übernahme der Obhut", eine „Verpflichtung ex re" für ausreichend erachten; so auch gelegentlich das den § 222 btr. RG. III 21. März 88 E. 17 260 (die Pflicht zur Fortsetzung der Pflege rc. habe unabhängig von der verabredeten Vertragsdauer auf Grund des durch den Vertrag und die einmal übernommene Obhut über eine hilflose Person vom Angekl. tatsächlich geschaffenen Rechtszustandes bestanden). Daß übrigens eine vertragsmäßige Übernahme der Obhut genüge, wird nicht nur hier anerkannt, sondern auch von RG. II 17. Apr. 83 E. 8 205 (btr. vertragsmäßige Übernahme der Überführung eines Hilflosen in eine Heilanstalt, selbst bei seiner Weigerung); aM. jedoch v. Holtzendorff HH. 3 467.

b) Ein „Zusorgenhaben für Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme" ist gleichfalls, wie im Falle zu a, nur bei einer rechtlichen Verpflichtung anzunehmen; so namentl. Frank N. II 2, v. Schwarze aO., Rubo N. 3 u. hier auch Hälschner 2 80; vgl. dagegen die Motive „gesetzlich oder aus irgendeinem anderen Grunde" sowie Binding Lb. 1 63.

7) Das „Verlassen" in hilfloser Lage, an sich auch fahrlässigerweise denkbar und deshalb ausdrücklich als „vorsätzliches" charakterisiert (Goltd. Mat. 2 394), bezeichnet seinem Wesen nach das Aufgeben einer bereits bestehenden Beziehung, so daß ein „Nichtaufnehmen" nicht darunter fallen kann; so: Merkel HRl. „Ausſ. Hilfsb.", v. Holtzendorff. HH. 3 466; aM.: Hälschner 2 80 N. 3, Oppenh.-D. N. 5. Ein räumliches Verlassen der hilflosen Person seitens des Täters ist deshalb um so weniger erforderlich, als es um eine Zuwiderhdlg. gegen das Gebot zur Leistung der Obhut und Sorge sich handelt, also um ein echtes Unterlassungsdelikt (§ 1 N. 3a; vgl. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 141, ferner ebenso Hälschner 2 80 für den o. zu 6b bezeichneten Fall sowie Merkel S. 302 für den Fall einer gesetzmäßig auferlegten Obsorge); die Zuwiderhdlg. kann begangen werden durch eine Hdlg. — das räumliche Verlassen — aber auch durch ein negatives Verhalten, das namentl. dann genügen kann, wenn nicht der Täter die hilflose Person verläßt, sondern umgekehrt diese von jenem sich entfernt; so: Dresden 8. Nov. 75 St. 6 281 (in concreto jedoch unrichtig, weil die zwischen den Eheleuten bestehende Beziehung keineswegs aufgegeben, sondern nur in mangelhafter Weise unterhalten worden war), Binding Lb. 1 63, Hälschner 2 77, H. Meyer S. 484, v. Schwarze N. 8 u. GS. 24 54, 61; aM.: RG. II 12. Juni 83, I 21. Feb. 84, E. 8 343, 10 183 (zum „Verlassen" bedürfe es einer Tätigkeit, die eine Änderung der örtl. Beziehungen zwischen dem Hilflosen und dem Verpflichteten derart herbeiführe, daß nicht mehr der bloße Wille des Verpflichteten die Möglichkeit der Hilfe ausschließe), Geyer 2 12, v. Liszt S. 323, Oppenh.-D. N. 6, Rubo N. 5, Landsberg Kommissivdel. S. 204; weitergehend fordert Frank N. II 2 räumliche Trennung durch Veränderung des Aufenthalts des Subjekts, während bei geduldeter Entfernung der hilfl. Person Aussetzung in der Form des Unterlassungsdel. gegeben sei.

8) Ein vorsätzliches Handeln erfordern beide Mischtatbestände, das „Aussetzen" begrifflich, das „Verlassen in hilfloser Lage" nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes (N. 7).

Der Vorsatz ist nicht auf eine Verletzung, sondern nur auf eine Gefährdung gerichtet (N. 4₃); deshalb ist aber das Bewußtsein des Täters, daß durch seine Hdlg. die hilflose Person an Leib oder Leben gefährdet werde, zum Dolus erforderlich; so die GM., insbſ.: RG. I 23. Okt. 82 E. 7 111 (das den Gefährdungsvorsatz mit Recht verneint, wenn der Täter bis zur etwaigen Aufnahme des Kindes in beobachtender Stellung warten u. ev. dasselbe in seinen Schutz zurücknehmen will), Dresden 11. Dez. 71, Berlin OAG. 22. Nov. 73, St. 1 279, 3 194, Binding Hb. 1 724, Lb. 1 63 u. Normen 2 522, 524 N. 750, Merkel

S. 302, v. Schwarze N. 2 u. GS. 24 53, 64. Auch v. Buri GS. 27 553, 29 Beilageh. S. 204, verkennt den Gefährdungsvorsatz nicht; er findet aber den Charakter des Delikts „in der rechtswidrigen Disposition über einen Menschen durch widerrechtliche Auflösung eines bereits rechtlich bestehenden Verhältnisses der Abhängigkeit“ (das jedoch i. F. des ersten Mischtatbestandes nicht vorzuliegen braucht) u. will deshalb das Delikt in den Abschn. 18 verweisen.

Das Motiv des Täters ist dagegen für den Tatbestand einflußlos; Wahlberg HRl. „Ärztl. Verbr.“.

Zu § 221 Absatz 2 u. 3. N. 9—11.

9) Die Absätze 2 u. 3 enthalten straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, von denen die beiden des Abs. 3 die Hdlg. zu einem Verbrechen erheben.

10) Im Falle des Abs. 2 liegt der straferhöh. Umst. in dem nahen Verhältnisse des Subjekts zum Objekte, indem die Hdlg. von den „leiblichen Eltern“ gegen ihr „Kind“ begangen sein muß. Die Hinzufügung des Adjektivs schließt jeden Zweifel über die Bedeutung von „Eltern“ — einer auch hier nur der Kürze halber gebrauchten Kollektivbezeichnung (§ 182 N. 4_2) — nach der Richtung aus, daß Stief- und Schwieger- sowie Adoptiv- bzw. Pflegeeltern nicht darunter begriffen sind; wenn aber v. Schwarze N. 12 darunter auch die mit der Pflege der Enkel betrauten Großeltern versteht, so läßt er außer acht, daß das StGB. überall, wo es diese mit umfassen will, des Ausdrucks „Verwandte aufsteigender Linie“ sich bedient; vgl. § 181 N. 4bα. Dem Worte „Kinder“ ist eine nähere Bezeichnung nicht beigefügt; man wird deshalb einen Unterschied je nach dem Grunde der Hilflosigkeit in das Gesetz nicht hineintragen und dasselbe nicht ausschließlich auf Kinder im jugendlichen Alter beziehen dürfen, obgleich bei dem Mangel einer gleichen Strafschärfung, falls die Hdlg. von „leiblichen Kindern gegen ihre Eltern“ begangen wird, das gesetzgeberische Motiv dafür spricht.

11) Im Abs. 3 wird ein — eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) zulassende (Wertheimer Mischgesetze S. 53) — straferhöh. Umst. aufgestellt, nämlich „die Verursachung einer schweren Körperverletzung oder des Todes“ der ausgesetzten bzw. verlassenen Person. Der Gebrauch des Ausdrucks „verursacht“ stellt außer Zweifel, daß es lediglich um den Eintritt des objektiven Erfolges sich handelt (vgl. T. I Abschn. 4 N. 3_2). Die von der RTKommission, in Abweichung von der Redaktionsregel, daß eine Vorzitation zu vermeiden sei (vgl. Rubo S. 89, 267), offenbar im Hinblick auf die §§ 224, 227 (so auch Rüd.-St. N. 9 u. v. Schwarze N. 17), vorgenommene Substitution von „schwerer Körperverletzung“ statt der im Entw. vorgeschlagenen Worte „erheblicher Nachteil für die Gesundheit“ vermag diese Auffassung nicht zu beeinträchtigen; vgl. § 224 N. 1.

Versuch; Verhältnis zu anderen §§.; Strafe; Verjährung, Zuständigkt. N. 12—15.

12) Ein Versuch des Verg. aus Abs. 1, 2 ist nicht für strafbar erklärt (§ 43_2), doch kann möglicherweise Bestrafung aus §§ 234, 43 eintreten; v. Schwarze N. 14 u. GS. 24 55.

Ein Versuch des Verbr. aus Abs. 3 ist nicht ausgeschlossen, wie H. Meyer S. 485 u. v. Schwarze N. 13 annehmen, vielmehr in der Weise denkbar, daß durch eine nicht vollendete Aussetzung bereits eine der im Abs. 3 bezeichneten Folgen eintritt (§ 220 N. 5); v. Liszt S. 323. Vgl. Thomsen Versuch S. 134 f.

13a) Bezüglich des Verhältnisses des § 221 zu anderen §§. kommt zunächst in Frage, ob vorsätzl. Tötung o. Körperverletzg. mit Aussetzung ideal konkurrieren könne. Es wird dies verneint, weil jene einen Verletzungsvorsatz erforderten (§§ 211 N. 3, 223 N. 11), diese aber einen Gefährdungsvorsatz (N. 8), beide Arten des Vorsatzes aber in ihrer Richtung auf dasselbe Objekt (Leib o. Leben eines Dritten) unvereinbar seien; so: Berlin OAG. 22. Nov. 73 St. 3 194 (Kindesmord und Aussetzung könnten nicht in Idealkonk. treten), Binding Hb. 1 358, Lb. 1 64 u. Normen 2 522 N. 749 (bei Subsidiarität der Strafgesetze infolge Subsidiarität der Normen), Hälschner 2 81, v. Wächter S. 201 N. 3, Frank N. III, Habermaas Idealkonk. S. 47, während die Möglichkeit einer Idealkonk. in den Motiven sowie von Schütze S. 394 N. 16, Oppenh.-D. N. 13, Rubo N. 9, Rüd.-St. N. 10 unbeschränkt bejaht wird. Letzteres geht hinsichtlich der vorsätzl. Tötungen

insofern zu weit, als ein direkter Tötungsvorsatz den ebenso gearteten Gefährdungsvorsatz logisch ausschließt (vgl. auch Finger 1 378, H. Meyer S. 433), während ein direkter Tötungs- u. indirekter Gefährdungsvorsatz o. umgekehrt miteinander in Idealkonk. zusammentreffen können; so: RG. II. 27. Apr. 94 E. 25 321, v. Liszt S. 323, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 204. Vorsätzl. Körperverletzgen aber können unbedingt mit Aussetzung in Idealkonk. treten, falls letztere eine Lebensgefährdung (N. 4_2) enthält; so auch im Resultat v. Buri.

b) Idealkonk. (§ 73) ist möglich mit § 169 (das. N. 7); RG. I 7. Feb. 84 E. 10 86, Binding Lb. 1 64 u. Normen 2 523 N. 749, Reis Personenstdsfsschg. S. 97.

14) Die Strafe ist im Falle des Abs. 1 Gefängnis von 3 Mt., im Falle des Abs. 2 von 6 Mt.—5 J. (§ 16).

Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. aus Abs. 3 ist Zuchthaus, und zwar des einf. Verbr. von 1—10 J., des qualifizierten von 3—15 J. (§ 14_2), neben dem nach § 32 VbER. erkannt werden kann. Der Versuch des Verbr. (N. 12_2) wird nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

15) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 bei den Vergehen aus Abs. 1 u. 2 in fünf, nach § 67_1 bei dem einf. Verbr. aus Abs. 3 in zehn, bei dem qualif. in fünfzehn Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Vollendung des die strafb. Hdlg. abschließenden Aktes der Aussetzung (§ 234) bzw. des Verlassens in hilfloser Lage, ohne Rücksicht auf den Eintritt des im Abs. 3 herangehobenen Erfolges; § 67 N. 9.

Zuständig ist: wegen der Verg. (Abs. 1, 2) Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27;
wegen des Verbr. (Abs. 3) SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2–7], 136[1].

§. 222.

Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren bestraft.

Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf fünf Jahre Gefängniß erhöht werden.

PrStGB. § 184. Entw. I § 194, II § 217. StB. S. 661—663.

Zu § 222 Absatz 1. N. 1—6.

1) Das Objekt der fahrlässigen Tötung ist dasselbe wie das der vorsätzlichen Tötungsdelikte; vgl. deshalb § 211 N. 1. Fahrl. Tötung ist demgemäß auch an einem Scheintoten möglich (v. Holtzendorff HH. 3 414), namentlich aber auch an einem Kinde in oder gleich nach der Geburt; so die GM., insbs. RG. II 8. Juni 80, 17. Juni 81, I 5. Nov. 94, E. 1 446, 4 290, 26 178; aM. Merkel HRl. „Kindesmord“.

2) Die Verursachung der Tötung ist nach den allgemeinen Grundsätzen über Verursachung zu beurteilen (T. I Abschn. 3 N. 2); nach diesen begründet es keinen Unterschied, ob durch die Hdlg. der Tod des anderen sofort erfolgte oder ob durch die Hdlg. zunächst eine Körperverlzg. und durch diese demnächst der Tod des Verletzten verursacht wurde; RG. I 19. März 96 E. 28 272. Verneinung einer Verursachung bzw. Mitverursachung hat zu erfolgen, wenn der konkrete Erfolg auch ohne die betreffende Hdlg. eingetreten wäre; RG. III 20. Dez. 86 E. 15 151.

Die allgemeinen Grundsätze sind namentl. auch für die Verursachung des Todes eines Menschen durch eine Unterlassung maßgebend; vgl. hierüber, insbs. falls die die Voraussetzung bildende Rechtspflicht zum Handeln ausschließlich auf einer strafrechtl. Norm beruht, RG. III 21. März 88 E. 17 260 (gegen dieses Urteil Kohlrausch Irrtum zc. 1 125), sowie darüber, daß die Verpflichtung im Zeitpunkt der eingetretenen Verletzung bestanden haben muß, während das Bestehen zu einer früheren Zeit nicht genügt, RG. I 12. Juni 97 G. 45 275. Ist Verursachung anzunehmen, so kommt es weder darauf an, ob der Getötete vermöge seines Körperzustandes auch ohne jene möglicherweise in einem

nahen Zeitpunkte gestorben wäre (§ 211 N. 1_4), noch ob bei anderer Behandlung der Eintritt des Todes möglicherweise würde haben verhütet werden können; **RG.** I 2. Juni, II 25. Okt. 81, E. **4** 243, R. **3** 641. So wurde fahrl. Tötung angenommen bei der Beschleunigung des Todes eines Kranken, obschon der tödliche Ausgang der Krankheit unabwendbar war; **RG.** II 18. Sept. 88 R. **10** 493.

Nicht außer acht zu lassen ist, daß fast jeder Erfolg das Ergebnis verschiedener Faktoren ist; war aber die Tätigkeit des Angeklagten hinsichtlich des Todes verursachend, so treten konkurrierende, die Tötung mitbedingende Umstände, die rein objektiver Natur sein oder auch in einer straflosen oder strafb. Hdlg. Dritter, namentl. des Verletzten, bestehen können (N. 6), für die Frage der strafrechtlichen Verantwortung wegen der Todesverursachung zurück; vgl. in dieser Beziehung aus der Praxis des **RG.**: III 28. Sept. 81 (btr. § 224), 18. Dez. 82, E. **5** 29, **7** 332 (Verlust des Sehvermögens infolge eines Schlages unter einem mitbedingenden skrophulösen Leiden; Selbstentleibung eines Geisteskranken als fahrl. Tötung seitens des Wärters), I 26. März 88 R. **10** 268 (btr. § 230; Beförderung eines bereits bestehenden Augenübels, daß ohnehin zur Erblindung geführt hätte, durch verkehrte Behandlung) und letzterem ähnlich das zit. R. **10** 493 (Beschleunigung des Todes), sowie II 9. Nov. '97 G. **46** 28 (Förderung eines Halsleidens durch Abhalten des Kranken vom Gebrauch wirksamer Heilmittel unter gleichzeitiger Verabfolgung an sich unschädlicher Mittel). Es können aber auch mehrere Umstände derartig zusammentreffen, daß entweder bereits jeder einzelne die Tötung verursacht haben würde, oder umgekehrt die Tötung nicht durch einen einzelnen, sondern nur durch das Zusammentreffen jener Umstände verursacht wird. Handelt es sich um das Zusammentreffen der Tätigkeit mehrerer Personen, so hat im ersten Falle jede Person die Tötung verursacht, während im zweiten Falle die Tötung keiner zugeschrieben werden kann, es sei denn, daß die Grundsätze der Mittäterschaft oder Sondervorschriften (§ 227_2) Platz griffen.

Entscheidend kann hiernach immer nur die konkrete Gestalt des Falles sein, wobei insbs. auch „die Natur des Betriebs" (GewerbeO. § 120a Abs. 1), in dem eben der Unfall sich ereignet, in Betracht kommt; die Gefährlichkt. gewisser Betriebe gestattet den Schutz der Arbeiter gg. Gefahren für Leben o. Gesundheit nur nach Möglichkeit, nicht unbedingt; **RG.** I 5. Juli 00 E. **33** 346 (btr. § 230). Der Umstand, daß eine, wenn auch vielleicht rechtswidrige, Hdlg. oder Unterlssg. die Tötung eines Menschen hätte bewirken können, begründet keineswegs den Tatbestand des § 222, falls nicht die wirklich eingetretene Tötung durch jene Hdlg. verursacht worden war; Berlin 7. Juni 77 O. **18** 370.

Im Zusammenhalt mit dem N. 1 über das Objekt Bemerkten ergibt sich, daß die fahrl. Abtreibung auch dann nicht strafbar ist, falls das lebend geborene Kind infolge jener nach der Geburt stirbt, denn während es zunächst an einem geeigneten Objekte fehlt, so demnächst an einer die Tötung des Kindes verursachenden Hdlg.; so die GM.; aM. Schütze S. 380 N. 4, 382 N. 10.

Beihilfe zum Selbstmorde (§ 211 N. 2_2) ist zwar niemals Verursachung des Todes eines Dritten, da der Selbstmörder die verursachende Hdlg. selbst begeht, kann aber möglicherweise als Beih. zur Abtreibung (§ 218 N. 5 letzt. Abs.) strafbar werden.

3) Wird der Kausalzusammenhang (N. 2) nicht festgestellt, so ist eine etwa doch vorliegende Fahrlässigkeit den Tatbestand eines fahrl. Tötungsverbrechens zu begründen außerstande (**RG.** I 7. März 89 E. **19** 204), wird dagegen die Frage nach der Verursachung der Tötung eines Menschen durch eine Hdlg. des Täters bejaht, so bedarf es einer weiteren Prüfung, ob auf seiner Seite Fahrlässigkeit vorgelegen habe; **RG.** II 25. Okt., I 1. Dez. 81, R. **3** 641, 757, Berner S. 518, Schütze S. 381, insbs. N. 9.

Wegen des Begriffs der Fahrlässigkeit vgl. § 59 N. 17, insbs. das das. a zit. **RG.** E. **30** 25 (btr. § 230). Nach diesem ist die nichtdolose Nichterfüllung einer amtlichen Pflicht keineswegs unbedingt fahrlässig; kollidieren amtliche Pflichten derartig miteinander, daß ihre gleichzeitige Erfüllung unmöglich ist, so fragt es sich, welche der Pflichten nach den bestehenden Instruktionen oder nach den gegebenen Verhältnissen und der Natur der Sache vor der anderen zu erfüllen war (**RG.** III 22. Dez. 80 R. **2** 658); gerade die Erfüllung

der weniger wichtigen Pflicht und die dadurch gebotene Vernachlässigung der höheren würde unter Umständen als Fahrlässigkeit angerechnet werden müssen; vgl. hiergegen Finger 1 419 N. 546.

Fahrlässigkeit kann insbs. darin bestehen — und dieser Fall ist besonders häufig —, daß der Täter unter Außerachtlassung der schuldigen Aufmerksamkeit das zu tun unterlassen hat, was er zu tun rechtlich verpflichtet war (vgl. RG. II 6. Nov. 85 R. 7 638, IV 20. Jan. 03 E. 36 78). Die Fahrlässigkt. kann namentl. gefunden werden in der unterlassenen Kontrolle beauftragter Personen, doch hat das zit. RG. E. 19 204 mit Recht ausgesprochen, daß es eine allgemeine, unter allen Umständen vorliegende Pflicht des Auftraggebers zur unausgesetzten Kontrollierung und Nachprüfung der Arbeiten seiner Beauftragten vom strafrechtl. Standpunkte aus nicht gebe, daß er vielmehr für fahrl. Hdlgen dieser nur verantwortlich sei, wenn ihm selbst eine mit ihnen in kausalem Zusammenhange stehende fahrl. Verschuldung zur Last falle, wie namentl. bei culpa in eligendo; vgl. auch RG. I 19. Dez. 96 G. 44 398 btr. des Verhältnisses eines Gewerbetreibenden zu einem von ihm bestellten selbständigen Lagerverwalter. Die Fahrlässigkeit kann aber auch durch eine an sich vorsätzliche Handlung (vgl. jedoch § 226 N. 2) begangen werden und zwar mit Rücksicht auf eine verursachte, aber nicht beabsichtigte Folge; RG. I 10. Jan. 93 E. 23 381, Berlin 19. März 73 O. 14 212.

Ob eine Hdlg. o. Unterlssg. mit Rücksicht auf die ihr regelmäßig beiwohnende Gefährlichkeit durch Gesetz o. Verordnung verboten worden ist, entscheidet nicht über das Vorhandensein der Fahrlässigkeit im konkreten Falle; weder liegt bei einer gegen ein bestehendes Verbot verstoßenden Hdlg. immer Fahrlässigkeit vor, noch ist umgekehrt Fahrlässigkeit deshalb zu verneinen, weil ein solches Verbot nicht besteht; RG. III 15. Febr. 82 E. 6 41, Berlin (OAG.) 7. Feb. 74, Mannheim 12. Juni 75, St. 3 330, 7 100. Ebensowenig schließt aber der Mangel einer die Vornahme einer gewissen Hdlg. gebietenden gesetzlichen Vorschrift das Vorhandensein einer Fahrlässigkeit aus; RG. II 19. Okt. 86 E. 14 362 (Mangel einer gültigen Polizeivorschrift über Treppenbeleuchtung). Jedoch ist selbst im Falle der Erteilung der nach der GewerbeO. erforderlichen behördlichen Genehmigung zu einer gewerblichen Anlage der Unternehmer mit Rücksicht auf § 120a Abs. 3 das. nicht gegen den Vorwurf, die Herstellung einer Schutzvorrichtung fahrlässig unterlassen zu haben, gedeckt; RG. IV 3. Juli 88 E. 18 73.

4) Aber auch eine Verursachung des Todes durch den Täter und eine bei seiner Handlung konkurrierende Fahrlässigkeit erfüllt den Tatbestand des § 222 nicht, vielmehr muß der Tod gerade „durch Fahrlässigkeit verursacht" worden sein; dazu ist jedoch erforderlich, daß der Täter bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt und Vorsicht den eingetretenen Erfolg des Todes (nicht etwa bloß der Körperverltzg.; RG. I 19. März 96 E. 28 272) als mögliche Folge voraussehen konnte, und genügt ohne diese Voraussetzung nicht, daß er bei der den Tod verursachenden Hdlg. im allgemeinen unvorsichtig (RG. I 2. Dez. 80, II 2. Mai 82, E. 3 208, 6 249, IV 18., 25. Jan. 87, R. 9 63, 64), bzw. daß er in fahrlässiger Unkenntnis oder unter Nichtbeobachtung einer Polizeivorschrift handelte (zit. RG. E. 3 208). Da aber das Gesetz diesen subjektiven Bestandteil der Fahrlässigkeit (§ 59 N. 17; RG. IV 11. Jan. 01 E. 34 91) nicht ausdrücklich erwähnt, so ist der Richter prozessual zu einem Ausspruche über das Vorliegen der Voraussehbarkeit nur im Falle des Bestreitens seitens des Angekl. verpflichtet; zitt. RG. E. 6 249, R. 9 64. Geht aber aus der Urteilsbegründung hervor, daß der Richter jenes Erforderniſſes sich nicht bewußt gewesen sei, so muß Aufhebung wegen materieller Rechtsverletzung erfolgen; zit. RG. R. 9 64.

Zur Annahme einer Verursachung „durch" die Fahrlässigkeit des Täters ist aber nicht notwendig, daß in der Kausalitätsreihe zwischen dem verantwortlichen Tun und Lassen und dem Erfolge die wirksam gewordenen ursachlichen Zwischenereignisse sich objektiv feststellen lassen, wenn nur der Zusammenhang zwischen verursachender Hdlg. und schädigendem Erfolge im wesentlichen erkennbar ist, derartig, daß an der geschlossenen Einheit der Kette sich kausal bedingender Ereignisse nicht gezweifelt zu werden braucht; RG. III 29. März 82 E. 6 146 (btr. § 309). Die Vorhersehbarkeit des Erfolges ist nicht nach objektivem, sd. nach

subjektivem Maßstabe zu prüfen; RMG. I 2. Apr. 03 E. 5 15 (ein „Normalmensch“ komme nicht in Betracht). Diese Prüfung darf nicht ausschließlich von dem Gesichtspunkte aus vorgenommen werden, ob der Täter die konkrete Art und Weise der Herbeiführung des rechtsverletzenden Erfolges voraussehen konnte; denn da für die gegen ein fahrl. Verhalten gerichteten Rechtsnormen lediglich der allgemeine Rechtsschutz in seiner generellen, gewisse Kategorieen von Rechtsgütern umfassenden Absicht von Bedeutung ist, so ist bei tatsächlicher Verursachung der betreffenden Rechtsverletzung durch einen unvorsichtig Handelnden hinsichtlich der Voraussehbarkeit lediglich zu untersuchen, ob das konkrete Ereignis seiner allgemeinen Beschaffenheit nach in die Kategorie der vorhersehbaren und deshalb vermeidlichen Ereignisse hineinfällt; RG. I 23. März 82 (btr. § 230) R. 4 271, III 14. Feb. 87 (btr. § 347_2), 18. Feb. 89 (btr. § 230), I 4. Mai 93, E. 15 345, 19 51, 24 417, IV 26. Feb. 97 G. 45 48, RMG. II 10. Feb. 04 E. 6 262. Immer aber ist es die Voraussehbarkeit des konkreten Erfolges, nicht dessen, was möglicherweise hätte eintreten können, worauf es ankommt; dieser aber ist nur dann vorhersehbar, wenn er erfahrungsmäßig eintreten konnte; RG. I 16. Nov. 96 E. 29 218; vgl. auch das zit. G. 45 48 sowie IV 1. Feb. 01 G. 48 123 (btr. der Frage der Haftung eines Fabrikanten für den Mangel von Schutzvorrichtungen an von ihm konstruierten Maschinen); ferner I 20. Feb. 02 E. 35 131, das unter Bezugnahme auf die zitt. E. 6 146, 19 51 erörtert, unter welchen Umständen nichts darauf ankomme, daß erfahrungsmäßig der tödliche Erfolg nur bei Personen von bestimmter Körperbeschaffenheit einzutreten pflege, während eine diese Beschaffenheit nicht habende Person getötet wurde, endlich das zit. IV E. 34 91 Stellung zum zit. I E. 29 218 nehmend, mit dem es jedoch im allg. Ergebnis übereinzustimmen vermeint.

5 a) Eine Verursachung des Todes (bzw. einer Körperverlzg.; § 230) eines Menschen durch Fahrlässigkeit ist beispielsweise in der Praxis des RG. angenommen:

bei Verabsäumung der genügenden Verwahrung eines Brunnens seitens des tatsächlichen Verwalters eines Grundstückes; I 23. Feb. 82 E. 6 64;

bei Verabsäumung der genügenden Beaufsichtigung eines dem zur eigenen Leitung des Gefährtes Verpflichteten als unzuverlässig bekannten Führers des Wagens; IV 7. Mai 95 G. 43 120 (s. jedoch u. unter b);

bei Nichterfüllung der dem Hauseigentümer gegenüber kontraktlich übernommenen Verpflichtung zur Reinigung des Bürgersteiges; II 9. Juni 96 G. 44 152;

ferner namentl. häufig in Fällen der Ausübung einzelner Berufstätigkeiten, insbesondere durch Begehung sog. Kunstfehler, speziell der Medizinalpersonen (Berlin 17. Apr. 79 O. 20 215 btr. § 230), aber auch der Kurpfuscher (III 12. Apr. 82 R. 4 313); so ist im allg. die fragliche Verursachung durch Fahrlssgkt. bejaht bei Ausübung einer bestimmte Kenntnisse u. Fähigkeiten erfordernden Tätigkeit, wenn der Betreffende den Erwerb solcher verabsäumt und den Mangel eigener Kenntnis auch nicht durch Heranziehung von Sachverständigen ersetzt hatte; II 23. Apr. 80 R. 1 649; vgl. jedoch III 26. Okt. 93 G. 41 395, wonach aus dem Umstande, daß jemand die Heilkunde ohne wissenschaftl. Vorbildung ausübt, nicht ohne weiteres (sd. nur nach den konkreten Umständen) eine Fahrlssgkt. gefolgert werden kann. Insbs. aber wurde die Verursachung durch Fahrlässigkt. bejaht bei Ausübung der Berufstätigkeit seitens:

1. der Ärzte (vgl. überhaupt Stooß Chirurg. Operationen S. 52); z. B. bei Verursachung des Todes durch eine den anerkannten Regeln der Wissenschaft zuwiderlaufende ärztliche Behandlung, wie durch Unterlassung des sog. antiseptischen Verbandes, insbs. des hermetischen Verschlusses einer Wunde; I 3. Juli 84 R. 6 505; bei Zerstückelung eines Kindes in der Geburt infolge einer falschen, auf wissenschaftlich ungerechtfertigten Anzeichen beruhenden Unterstellung des bereits erfolgten Todes des Kindes; II 8. Juni 80 E. 1 446;

2. der Hebammen; z. B. bei Nichtentfernung der Nachgeburt; II 14. Jan. 87 E. 15 181;

3. der Apotheker bzw. Drogenhändler; z. B. bei Nichteinholung der besonderen Erklärung des Arztes in einem Falle, wo ein stark wirkendes Gift in übermäßigen, mit den vorschriftsmäßigen Quantitäten nicht in Einklang stehenden, Dosen verschrieben war;

I 27. März 88 R. 10 518; bei fortgesetzter Verabfolgung von Morphium zu übermäßigem u. gesundheitsschädigendem Gebrauch; II 2. Apr. 97 G. 45 127, III 12. Juli 02 E. 35 332;

4. der Fabrik- bzw. Maschinenbesitzer o. -Verwalter; z. B. bei Verabsäumung der Anbringung der nötigen Schutzvorrichtungen (II 13. Okt. 91 E. 22 173), mochten sie auch nicht ohne Störung des Fabrikbetriebes sich ermöglichen lassen bzw. dem Verwalter seitens des Eigentümers verboten sein; I 5. Dez. 83 E. 10 6; oder mochten sie bei der behördlichen Konzessionierung der Anlage auch nicht erfordert sein; das N. 3 a E. zit. E. 18 73;

5. der Schlächter (Fleischer) bzw. Händler mit Fleischwaren; z. B. bei Verabsäumung einer Untersuchung von Schweinefleisch auf Trichinen; I 1. Dez. 81 R. 3 757, III 15. Feb. 82 E. 5 41 (auch beim Mangel einer die Untersuchung von Schweinefleisch auf Trichinen gebietenden Vorschrift).

b) Dagegen wurde verneint, daß unbedingt den Eigentümer eines Brunnens bzw. eines Steinbruches die Verpflichtung zur Verwahrung treffe, vielmehr könne eine bezügliche Unterlassung des Eigentümers als solchen nur dann strafbar sein, wenn das Gesetz, was § 367[12] nicht tue, gerade ihm die entsprechende Pflicht auferlege; RG. zit. E. 6 64, IV 23. Nov. 86 E. 15 58; desgl., daß der auf dem Wagen mitfahrende Dienstherr unter allen Umständen zur Überwachung des Fahrens seitens des Kutschers verpflichtet sei; das o. zu a zit. RG. G. 43 120.

c) Wegen der Frage der Verursachung durch Fahrlässigkeit speziell im Falle der unterlassenen Beleuchtung der Treppen eines Miethauses seitens des Eigentümers vgl. RG. II 14. Apr. 85, 19. Okt. 86, R. 7 226, E. 14 362 (beide btr. PrALR.).

6) Bei vorliegender Verursachung des Todes eines Menschen durch Fahrlässigkeit ist die konkurrierende Fahrlässigkeit eines Dritten oder auch des Getöteten (Verletzten) selbst sowenig wie überhaupt das spätere Verhalten des Verletzten, z. B. die Verweigerung der notwendigen Amputation, imstande, die Strafbarkeit zu beseitigen; denn wer die Ursache gesetzt hat, ist dafür verantwortlich. So die überwiegende M., insbs. RG. I 12. Apr. 80, II 13. Okt. 91, E. 1 373, 22 173. AM.: Hälschner 2 24, v. Holtzendorff HH. 3 470, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 2, v. Prittwitz G. 30 157, Helmer Fahrl. Täterschft. (Diss. Straßburg 1895) S. 55, für den Fall, daß seitens des Getöteten (Verletzten) selbst ein schuldhaftes fahrlässiges Handeln vorlag. Nur jedoch, wenn durch dieses die Voraussehbarkeit des Erfolges (N. 4) beseitigt wird, entfällt die Strafbarkeit; vgl. RG. IV 9. Okt. 94, 11. Jan. 01, G. 42 386, E. 34 91, RMG. II 10. Feb. 04 E. 6 262.

Die Praxis hat jenen Grundsatz, der selbstverständlich nur für den Fall gilt, daß die Pflichtverletzung beider für den schädlichen Erfolg kausal war, nicht aber dann, wenn ausschließlich die Pflichtverletzung des einen mit dem Erfolge in ursächlichem Zusammenhange stand (RG. IV 22. Sept. 85 R. 7 522 btr. § 316₂), in zahlreichen Fällen anerkannt; so hat sie wegen fahrl. Tötung bestraft trotz konkurrierender Fahrlässigkeit:

a. eines Dritten (nämlich des Arztes bzw. des Baumaterialienlieferanten) den Apotheker bzw. den Baumeister; Berlin 8. Mai 72, München 14. März 73, St. 1 152, 2 278;

b. des Getöteten selbst:

dessen Ehefrau, welche in der Wohnstube, woselbst der dem Trunke ergebene Ehemann Zutritt hatte, eine mit aufgelöstem Arsenik gefüllte Weinflasche hatte offen stehen lassen; zit. RG. E. 1 373;

einen Arzt; das N. 5 a 1 zit. RG. R. 6 505;

einen Hausverwalter wegen Nichtverwahrung einer ungeschützten Öffnung im Hausflur, in welche ein schlecht Sehender geraten war, der die Mitnahme eines für ihn nötigen Führers unterlassen hatte; Berlin 20. Nov. 74 St. 4 348;

einen Kutscher, beim Überfahren eines unter den Wagen geratenen Kindes bzw. einer aus ihm steigenden Person; Berlin 14. März 72, Mannheim 21. Sept. 72, St. 3 51, 114;

einen Bergwerksverwalter, der die Vornahme der vorgeschriebenen, das Herausspringen aus dem Förderkorbe verhindernden Seitenbekleidung eines Schachtes unterlassen hatte, beim unzeitigen Herausspringen des Getöteten aus einem solchen Korbe; Berlin 30. Juni 74 O. 15 458;

einen Hundebesitzer, der einen bösartigen Hund frei umherlaufen ließ, trotzdem der

von letzterem Gebissene die Bißwunde durch körperliche Arbeit fahrlässig verschlimmerte; RG. II 2. Mai 82 E. 6 249, III 4. Juni 83 R. 5 403.

Die Einwilligung des Getöteten in die Vornahme der seinen Tod verursachenden fahrl. Hdlg., selbst am eigenen Körper des Getöteten, kann den Täter von der strafrechtl. Verantwortung nicht befreien, da der Schutz des Lebens seiner Angehörigen vom Staate im öffentlichen Interesse ausgeübt wird; so die GM.

Zu § 222 Absatz 2. N. 7—9.

7 I) Absatz 2 enthält einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, der für den Fall der fahrl. Körperverletzung in gleicher Weise im § 230₂ aufgestellt ist. Es handelt sich darum, ob — wie § 232₁ sich ausdrückt — die Tötung (bzw. Körpervrltzg.) begangen ist „mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht". Hiernach ist die nächste Voraussetzung des straferhöh. Umst. auf seiten des Täters ein Amt (a), Beruf (b) oder Gewerbe (c). Vorweg ist hervorzuheben, daß diese Bezeichnungen als gleichwertig nebeneinander gestellt sind, so daß eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) zulässig erscheint; Ostern Alternativität S. 156, Wertheimer Mischgesetze S. 47. Dies Resultat ist um so mehr geboten, als die Begriffe nicht scharf gegeneinander abgegrenzt sind, indem insbs. regelmäßig das Gewerbe zugleich als Beruf sich wird qualifizieren lassen; so: RG. II 6. Nov. 85 R. 7 638, IV 28. Okt. 02 G. 50 109, Berlin 13. Juli 71 O. 12 399; aM. Binding Lb. 2 379 N. 2.

a) „Amt" ist — gerade wegen der Nebeneinanderstellung mit „Beruf oder Gewerbe" — als öffentliches Amt (§ 31 N. 7 ff.) zu verstehen; aM. RG. I 17. Nov. 83, IV 26. Feb. 92, II 28. Nov. 02, E. 9 204, 22 418, 36 22, auch eine Privatbedienung sei ein Amt i. S. des §., sofern mit ihr Geschäfte verbunden seien, die im gewöhnl. Leben als amtliche bezeichnet werden; deshalb bejaht beim Patron, der als solcher Vorsitzender des Schulvorstehers ist, dsgl. bei einem Zwangsverwalter gemäß G. v. 24. März 1897 (unter Verneinung einer unbedingten Pflicht zur persönlichen Überwachung aller Betriebszweige); es sei daher, falls es um Ausübung eines öffentl. Amtes sich handele, auch unerheblich, ob die für dessen Übertragung bestehenden staatl. Vorbedingungen erfüllt seien.

b) „Beruf" erscheint gegenüber „Gewerbe" als der allgemeinere Begriff; es ist nicht erforderlich, daß er ein gewerbsmäßig betriebener sei; RG. II 13. Jan. 82 R. 4 39, I 21. Nov. 04 E. 37 306. Beruf bezeichnet zunächst eine dauernde Tätigkeit, keine bloß einmalige oder vereinzelte Ausübung, wenn er auch nicht notwendig ein „Lebensberuf" zu sein braucht, wenigstens nicht der einzige o. hauptsächlichste, falls die Tätigkeit nur immerhin einen Lebenszweck für den sie Ausübenden bildet; so: RG. III 7. Juni 83 R. 5 415 (die mehr o. weniger häufige Wiederholung einer gewissen Tätigkeit, z. B. der Leitung eines Fuhrwerks, rechtfertige noch nicht die Annahme des Berufs), sowie die zitt. R. 4 39, E. 37 306. Dagegen steht der Umstand, daß jemand nur Tagelöhner ist, der Annahme einer berufsmäßigen Tätigkeit grundsätzlich nicht entgegen; RG. III 28. Jan. 01 G. 48 121. Ob hiernach schon in der Übernahme der Pflege eines Kindes ein berufs- o. gewerbsmäßiges (c) Tun erblickt werden kann, ist Tatfrage; zit. E. 37 306. Die Berufstätigkeit erfordert ferner eine gewisse Sachkenntnis und trägt demgemäß für den sie Ausübenden zugleich eine Verantwortlichkeit bzw. eine höhere Verantwortlichkeit hinsichtlich der aufmerksamen Anwendung der bei ihr vorausgesetzten Einsicht und Sachkenntnis in sich (vgl. das zit. RG. R. 4 39); in diesem Sinne ist z. B. der Betrieb der Landwirtschaft als Beruf aufzufassen; RG. III 11. Feb. 80 E. 1 203 (btr. das Lenken von Fuhrwerken seitens eines Landwirts). Endlich ist auch Erfordernis, daß der Beruf eine selbstgewählte Tätigkeit sei; so außer dem zit. R. 7 638: RG. I 9. Feb. 82, E. 6 24 (verneinend, daß die Erziehungspflicht der Eltern als Berufspflicht aufgefaßt werden könne), zit. E. 9 204 (verneinend, daß ein Gutsbesitzer, der vermöge seiner Patronatsberechtigung den Vorsitz im Schulvorstande freiwillig übernommen, einen Beruf ausübe), II 13. Juli 97 E. 30 222 (btr. Beruf als Dienstmädchen), RMG. II 29. März 02 E. 2 241 (der die ihm obliegende gesetzl. Dienstpflicht erfüllende Soldat übe dadurch keinen Beruf aus). Dieses Erfordernis ist freilich nur zu verstehen

unbeschadet der Befugnis derjenigen Personen, die das Recht haben, den Beruf anderer zu bestimmen (vgl. BGB. § 1631).

c) Gewerbe (vgl. § 260) bezeichnet die auf einen fortgesetzten Erwerb gerichtete Tätigkeit (zit. RG. R. 7 638), gleichgültig, ob sie die Hauptbeschäftigung, den eigentlichen Lebensberuf des Betreffenden bildet (RG. IV 9. Jan. 91 G. 39 61), freilich mit der Einschränkung, daß es nicht um eine bloße Vermögensnutzung sich handeln darf (RG. II 4. Mai 97, IV 16. Juni 99, E. 30 106, 32 233). Hieraus folgt zunächst, daß die einmalige oder vereinzelte Vornahme einer gewerblichen Arbeit nicht genügt, daß vielmehr ein gewerblicher Betrieb stattgefunden haben muß (Berlin 24. Okt. 73 St. 3 195), gleichgültig aber ist, ob die Ausübung der Gewerbehdlg. selbständig o. als Gehilfe eines anderen erfolgte, so daß die Bestimmung auch auf einen Lehrling Anwendung finden kann; RG. I 12. Jan. 03 G. 50 127. Weiter aber ergibt sich, daß der Begriff des Gewerbes auf eine die Erzeugung oder Bearbeitung, den Umtausch oder den Vertrieb von Waren oder Produkten betreffende Tätigkeit nicht beschränkt ist (RG. II 4. Mai 80 R. 1 726), vielmehr kann beispielsweise als Gewerbe betrieben werden nicht nur der ärztliche Beruf überhaupt, sei es seitens eines approbierten Arztes (RG. I 3. Juli 84 R. 6 505), sei es seitens eines sog. Kurpfuschers (RG. II 15. Okt. 81 E. 5 74, III 12. Apr. 82 R. 4 313) oder seitens einer (im Besitze eines Prüfungszeugnisses nicht befindlichen) Hebammenpfuscherin (RG. II 14. Jan. 87 E. 15 181), sondern namentl. auch ein ärztl. Spezialfach bzw. die Vornahme einer vereinzelten ärztlichen Hilfeleistung, wie die Einrichtung von Knochenbrüchen (München 20. Feb. 72 St. 4 353); ferner: der Aufbau von Häusern zum Verkauf, das Verleihen von Hängegerüsten, der Abbruch von Häusern (RG. II 23. Apr., 4. Mai 80, R. 1 649, 726, Berlin 30. Mai 76 St. 6 283), die Tätigkeit eines im Privatdienste stehenden Kutschers (Berlin 18. Feb. 76 O. 17 127). Ob in dem Vermieten von Wohnungen im eigenen Hause ein Gewerbebetrieb liegt, hängt von den näheren Umständen ab; die Frage ist zu bejahen, wenn neben die bloße Vermietung von Räumlichkeiten u. die damit notwendig verbundene Verwaltungstätigkeit des Vermieters eine anderweite auf Erwerb gerichtete Tätigkeit tritt, so daß in der Gesamtheit nicht eine bloße Vermögensnutzung vorliegt, sondern durch eine damit verbundene werbende Tätigkeit die Erzielung erhöhter Einnahmen oder sonstiger Vorteile bezweckt wird; vgl. die zitt. RG. E. 30 106, 32 233. Darauf, ob zu dem Gewerbe eine staatliche Genehmigung erforderlich ist, kommt nichts an; Berlin 5. Okt. 71 O. 12 498 (btr. § 232).

II) Während jemand „vermöge seines Amtes“ zu einer Aufmerksamkeit nur dann verpflichtet sein kann, wenn es ihm übertragen ist, nicht aber durch seine unbefugte Ausübung (Schütze S. 382 N. 12), kommt die Berechtigung zur Ausübung eines Berufes, namentl. eines Gewerbebetriebes, der Natur der Sache nach nicht in Betracht, weil gesetzliche Schranken die tatsächliche Ausübung eines solchen nicht unmöglich machen; so RG. II 4. Mai 80 R. 1 726; aM. Schütze aO. Aus demselben Grunde können auch verbotene Handlgen, wie z. B. das gegen § 367³ verstoßende Verkaufen von Arzneimitteln in einem Drogengeschäft, in den Kreis der im Abs. 2 bezeichneten Gewerbshdlgen fallen; RG. I 8. Apr. 95 E. 27 167, II 2. Apr. 97 G. 45 127.

III) Diejenigen Berufe u. Gewerbe, die zu einer Aufmerksamkeit besonders verpflichten, sind gesetzlich sowenig bezeichnet (Berlin 13. Juli 71 O. 12 399), wie der Umfang, bis zu dem die durch einen bestimmten Beruf o. ein bestimmtes Gewerbe begründeten Pflichten vom Gesetze bestimmt sind (zit. RG. E. 1 203); es unterliegt daher wesentlich der konkreten Beurteilung, ob und inwieweit der Beruf ꝛc. zu der aus den Augen gesetzten Aufmerksamkeit besonders verpflichtet habe; so: zit. RG. E. 1 203 u. III 3. Jan. 84 R. 6 14 btr. der Frage, ob das Lenken von Fuhrwerken zum Berufe eines Landwirts bzw. Fleischers gehöre, zit. E. 30 222 btr. der Frage, ob die einem Dienstmädchen übertragene Treppenbeleuchtung in den Kreis ihrer Berufshdlgen gehöre, zit. G. 48 121 btr. der Beschäftigung eines Tagelöhners auf einem Fabrikgrundstück, sowie RG. II 29. Nov. 98 G. 46 453, die besondere Stellung als eines als Kontrolleur von Normaluhren von einer Gesellschaft angestellten Uhrmachers sei dafür ausschlaggebend, daß sein Radfahren ein be-

rufsmäßiges gewesen; ähnlich I 22. Dez. 00 E. 34 65 btr. eines seine Kunden unter Benutzung eines Fahrrades bedienenden Fleischers mit der Ausführung, daß zwar jeder Gewerbetreibende in der Auswahl und der Benutzung der ihm für sein Geschäft geeignet erscheinenden Maßnahmen an sich freie Hand habe, daß aber zum Gewerbebetriebe nicht nur die notwendigen Hdlgen u. Einrichtungen gehörten, sd. auch alle ihn fördernden Hilfseinrichtungen; deshalb sei nach den Umständen des Falles zu entscheiden, ob nach der beliebten Art des Gewerbebetriebes auch die schädigende Tätigkeit dazu gehöre. Verneint wurde, daß ein regelmäßig ein Fahrrad zur Arbeitsstelle benutzender gewerblicher Arbeiter bei dieser Benutzung in Ausübung seines Berufs begriffen sei; I 26. Okt. 03 E. 36 405.

8) Weitere Voraussetzung des Abs. 2 ist, daß der Täter gerade zu derjenigen Aufmerksamkeit, die er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes ꝛc. „besonders verpflichtet" war, d. h. daß er eine „besondere", durch Amt ꝛc. erhöhte, Verpflichtung zur Aufmerksamkeit hatte; RG. I 12. Juli 94 E. 26 54 (ein Unterschied nach der Richtung, ob zur Erkenntnis und Abwendung der Gefahr besondere Kenntnisse und Erfahrungen des Amtes erforderlich seien, oder ob die allg. menschl. Einsicht u. gewöhnliche Erfahrung genüge, werde dagegen nicht gemacht), IV 24. Okt. 02 G. 50 108 (eine Verpflichtung zur Anwendung einer erhöhten Aufmerksamkeit [unten Abs. 2] werde nicht aufgestellt).

Darüber, daß der Fall des Abs. 2 dann vorliege, wenn die Verpflichtung zu der außer Augen gesetzten Aufmerksamkeit erst durch das Amt ꝛc. begründet wurde, kann ein Zweifel nicht bestehen, wohl aber kann fraglich sein, ob eine solche Begründung der Verpflichtung durch das Amt zur Anwendung des Abs. 2 notwendig sei. Man wird diese Frage verneinen müssen; denn die Außerachtlassung einer Aufmerksamkeit, zu welcher der Täter vermöge seines Amtes ꝛc. besonders verpflichtet war, liegt offenbar auch dann vor, wenn das Amt ꝛc. eine ohnehin schon bestehende Verpflichtung zur Aufmerksamkeit noch erhöhte; zu diesem Grade der Aufmerksamkeit — und somit zu der außer acht gelassenen Aufmerksamkeit selbst — war alsdann der Täter nicht aus allgemeinen Grundsätzen, sondern nur durch sein Amt besonders verpflichtet; RG. II 1. März 81, 13. Jan. 82, R. 3 89, 4 39, III 30. Nov. 96 E. 29 226. Aus diesen Gesichtspunkten rechtfertigen sich aus der Praxis des RG. folgende Verurteilungen aus Abs. 2:

eines Gewerbsmeisters bei Ausübung seines ihm nach GewerbeO. § 127a zustehenden Züchtigungsrechtes gegen seinen Lehrling; zit. E. 29 226;

eines das Verleihen von Hängegerüsten gewerbsmäßig Betreibenden wegen Verleihens eines schadhaften Hängegerüstes (obgleich ein jedes Verleihen die Verpflichtung begründet, kein schadhaftes Gerüst zu verleihen, wenigstens nicht ohne besonderen Hinweis auf die Schadhaftigkeit); II 4. Mai 80 R. 1 726;

einer die Heilkunde gewerbsmäßig (als Kurpfuscher) ausübenden Person wegen Anwendung eines nach dem heutigen Stande der Wissenschaft schlechthin schädlichen Heilverfahrens, also wegen Begehung eines sog. Kunstfehlers (obgleich jede Ausübung der Heilkunde verpflichtet, kein schlechthin schädliches Heilverfahren zu verordnen); III 12. Apr. 82 R. 4 313;

eines Händlers mit Fleischwaren wegen Verkaufes von trichinenhaltigem Fleische (obgleich jeder verpflichtet ist, kein trichinenhaltiges Fleisch zu verkaufen; vgl. § 367 7); I 1. Dez. 81 R. 3 757.

Vergleiche dagegen andererseits: RG. II 23. Apr. 80 R. 1 649, Berlin 2. Juni 75, 30. Mai 76, O. 16 412, St. 6 283, jeder Bauherr, der nicht Bautechniker sei, bzw. jeder, der ein Haus abbrechen lasse, sei zur Zuziehung eines Sachverständigen verpflichtet, folglich werde eine besondere Verpflichtung nicht verletzt, wenn jemand, der den Aufbau bzw. Abbruch von Häusern gewerbsmäßig betreibe, die Zuziehung eines Sachverständigen unterlasse. Man wird diesen Entscheidungen sachlich beitreten können, da in den vorliegenden Fällen eine vermöge des Gewerbebetriebes erhöhte Verpflichtung nicht anzunehmen war; dagegen scheint die Motivierung, daß das Gewerbe ꝛc. die betreffende Verpflichtung begründen müsse, anderenfalls aber eine besondere Verpflichtung nicht vorliege, zu weit zu gehen.

Besteht für den Täter vermöge seines Amtes ꝛc. eine besondere Verpflichtung zur Aufmerksamkeit in dem eben dargelegten Sinne, so findet Abs. 2 Anwendung, ohne Rücksicht darauf, ob die Berufsart eine besondere Ausbildung oder Kunstfertigkeit zur Voraussetzung hat (weshalb auch ein Tagearbeiter — vgl. N. 7 I b, III — zu besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet sein kann), ob der Betreffende in Wirklichkeit die erforderliche Sachkunde sich erworben hat, ob der Gewerbebetrieb einer polizeilichen Genehmigung bedarf, ob er einen Befähigungsnachweis erforderlich macht oder ob er endlich mit besonderer Gefahr für die Arbeiter verbunden ist und deshalb besondere Sicherheitsvorkehrungen erheischt; RG. I 2. Dez. 80 E. 3 84, II 9. Juni 82 R. 4 547, Berlin 5. Okt. 71, 30. Mai 76, 19. März 79, St. 1 174, 6 283, O. 20 147, Dresden 15. Dez. 76 St. 7 115.

9) Da das Gesetz nicht sagt „in Ausübung", sondern „vermöge seines Amtes" ꝛc., so folgt daraus die Anwendung des Abs. 2 nicht bloß dann, wenn der Täter bei Vornahme der fahrl. Hdlg. in seinem Amte ꝛc. tätig ist; so RG. IV 16. Mai 85 R. 7 301, ähnlich I 22. Dez. 00 E. 34 65, das Gesetz verlange nicht, daß der Täter „beim Betriebe seines Gewerbes" die ihm obliegende Pflicht zu besonderer Aufmerksamkeit aus den Augen gesetzt habe, sondern gehe davon aus, daß er dank seiner im Gewerbebetriebe gewonnenen besseren Einsicht auf Beobachtung besonderer Aufmerksamkeit hingewiesen sei. Ebendeshalb hat auch RG. III 7. Juni 82 R. 4 535 einen Gewerbsmann, zu dessen Beruf die Leitung von Bauten gehörte, aus Abs. 2 für strafbar erachtet, weil infolge seiner fahrl. Anordnungen beim Bau ein Mensch getötet wurde, obschon die Bauleitung ihm nicht übertragen war, er sie vielmehr eigenmächtig auf sich genommen hatte.

Eine einschränkende Auslegung (für die Binding Lb. 1 30 u. Frank N. II eintreten) ist auch deshalb sachlich unrichtig, weil der Kreis der einem Beamten ꝛc. innerhalb der Amtstätigkeit obliegenden Pflichten nicht den ganzen Umfang der ihm vermöge des Amtes obliegenden Verpflichtungen deckt; RG. III 11. Feb. 80, II 1. März 81 E. 1 203, R. 3 89, Hälschner 2 26 N. 4. Dagegen muß die Hdlg. jedenfalls in den Kreis der Amts- ꝛc. Hdlgen fallen; denn nur für solche Hdlgen werden die Beamten ꝛc. durch ihr Amt besonders verpflichtet, der an sich jedem obliegenden Verpflichtung nachzukommen; so das zit. R. 7 301. Deshalb verneinte RG. II 25. Okt. 81 E. 5 74, daß eine Hebamme, die abgesehen von dem Falle einer Entbindung, ihrer Instruktion zuwider mit der Kurpfuscherei sich befasse und dabei fahrlässig einen Menschen töte (beschädige), ihrer Berufspflicht als Hebamme entgegenhandle, während allerdings von RG. III 3. Jan. 84, II 8. Jan. 86, 10. Mai 87, R. 6 14, 8 21, 9 311 Verletzung der Gewerbspflicht in Fällen angenommen wurde, wo ein Fuhrherr bei einer eigenen (unentgeltlichen) Spazierfahrt, bzw. wo ein eines Fuhrwerks im Geschäftsbetriebe sich bedienender Fleischer bzw. Müller bei einer nicht in der Gewerbeausübung vorgenommenen Fuhre einen anderen überfahren hatte; dagegen hat RG. II 23. Sept. 87 R. 9 460 angenommen, daß, falls Hdlgen in Frage stehen, die der Gewerbetreibende (wie z. B. das Zureiten und Einfahren von Pferden) durch technisch dazu ausgebildete Angestellte ausüben läßt, von Verletzung einer Gewerbspflicht seitens des Gewerbetreibenden dann nicht die Rede sein kann, wenn er eine solche Hdlg. außerhalb seines Gewerbes vornimmt. Über die Frage, inwieweit darin, daß der verantwortliche Leiter eines Fabrikwesens gewisse nur mittelbar zum Fabrikbetriebe gehörige Verrichtungen, die an sich außerhalb des vom Fabrikleiter betriebenen Gewerbes liegen, unberufenerweise selbst ausführt oder im einzelnen anordnet und hierbei durch Fahrlässigkeit Tötungen bzw. Körperverletzgen verursacht, eine mit Übertretungen der Gewerbspflicht begangene Straftat gefunden werden kann, sowie über den Fall der Freilegung eines Platzes durch Abbruch von Gebäuden behufs Errichtung einer Fabrik, vgl. RG. III 25. Okt. 88, I 27. Apr. 96, E. 18 204, 28 318 (beide btr. § 230_2).

Teilnahme; Verhältnis zu anderen §§.; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 10—12.

10) Mittäterschaft ist ausgeschlossen, wenn auch mehrere Personen selbständig (N. 2_2) der fahrl. Tötung desselben Menschen sich schuldig machen können; vgl. § 47 N. 10 und die dortigen Belege.

11) Wegen gleichartiger Idealkonkurrenz bei fahrlässiger Tötung mehrerer Personen durch eine Hdlg. vgl. § 73 N. 17.

Mit dem Verbr. der Abtreibung aus §§ 218_3, 219 kann eine fahrl. Tötung der Schwangeren selbst ideell konkurrieren; so: v. Holtzendorff HH. 3 462, v. Schwarze § 220 N. 2, Habermaas Ideallk. S. 47, Horch Abtreibung S. 49 f.; aM. Pfizer GS. 28 46, der § 222 wegen Einwilligung der Schwangeren für ausgeschlossen erachtet (s. jedoch N. 6_3).

Wg. des Verhältnisses des § 222 zu den §§ 309, 314, 316, 330, 367^6, 367^{12} vgl. das.

12) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T. und zwar beim einf. Verg. bis zu 3, beim qualif. bis zu 5 J. (§ 16).

Die Verjährung der Strafverfolgung sowohl des einfachen wie des qualifizierten Verg. erfolgt nach § 67_2 in fünf Jahren; wegen ihres Beginnes vgl. das. N. 9.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27.

Siebenzehnter Abschnitt.

Körperverletzung.

1) Die Überschrift des Abschn. 17 des RStGB. T. II ist gleichlautend mit der des entsprechenden Tit. 16 des PrStGB. T. II. Während aber in diesem die Überschrift a potiori entnommen war, indem es eine gemeinsame Bezeichnung für die Begriffe „Mißhandlung“ und „Verletzung des Körpers“ nicht kannte (§ 187 das.), lehnt die Überschrift des RStGB. Abschn. 17 an den durch § 223 eingeführten terminus technicus sich an, wonach jede „körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung“ mit dem Ausdruck „Körperverletzung“ bezeichnet wird.

2) Im Abschn. 17, in dem die Materie der Körperverltzg. i. S. des EG. § 2 geregelt ist (**RG.** I 12. Juli 94, 1. Apr. 97, E. **26** 59, **30** 35), behandeln die §§ 223—229 die vorsätzliche Körperverltzg., einschließlich des sog. Raufhandels (§ 227), der § 230 aber die fahrlässige, während die §§ 231—233 gemeinschaftliche Bestimmungen über Buße, Strafantrag und Aufrechnung geben, die teils auf alle (§ 231), teils nur auf einzelne (§§ 232, 233) Fälle der Körperverltzg. sich beziehen.

Hinsichtlich der weiteren Einteilung der Körperverltzgen ist zu unterscheiden zwischen der Fassung der StGB. vor und zwischen derjenigen nach Erlaß der StGN.; so v. Buri GS. **34** 345; aM. v. Schwarze § 223a N. 1, die StGN. habe an der Grundlage des Abschn. 17 nichts geändert. Nach der älteren Fassung war das Einteilungsprinzip der Erfolg der Körperverltzg. und zwar sowohl für die vorsätzl. als für die fahrl. Körperverletzgen; jene zerfielen, abgesehen von dem den wirklichen Eintritt einer Körperverltzg. überhaupt nicht voraussetzenden Falle des § 229_1, in leichte (§ 223), schwere (§§ 224, 225, 229_2) und solche mit tödl. Erfolge (§§ 226, 229_2), diese — ausweislich des § 232 — in leichte und schwere, während die fahrl. Körperverltzgen mit tödlichem Erfolge als fahrl. Tötungen bereits im § 222 abgehandelt sind.

Durch die StGN. wurde im § 223a eine neue Kategorie der vorsätzl. Körperverltzgen geschaffen, die auf dem Gesichtspunkte der Gefährlichkeit der Hdlg., nicht auf dem des Erfolges beruht. Hat auch die StGN. das frühere Einteilungsprinzip verlassen, so kann man doch nimmermehr die vorsätzl. Körperverltzgen in einer beide Entscheidungsgründe nebeneinander berücksichtigenden Weise einteilen; ein solches Verfahren ist logisch unmöglich; vgl. John G. 25 413. Man muß vielmehr jetzt von dem einfachen Tatbestande der vorsätzl. Körperverltzg. im § 223_1 ausgehen und die Einteilung der übrigen Fälle der Körperverltzg. nach den Straferhöhungsgründen vornehmen; sie werden vom Gesetze gefunden:

a. in der Person, gegen welche die Körperverletzung verübt wird (§ 223_2);
b. in der Art der Ausführung (§§ 223a, 229_1);
c. in dem Erfolge, je nachdem er besteht:
   α. in einer, sei es unbeabsichtigten (§ 224), sei es beabsichtigten (§ 225), objektiv schweren Körperverletzg.;
   β. in dem unbeabsichtigten Tode des Verletzten (§ 226);

d. in der Art der Ausführung in Verbindung mit dem Erfolge, sei es, daß er in einer objektiv schweren Körperverltzg. oder in dem Tode des Verletzten besteht (§ 229_2).

Daneben besteht die den Raufhandel betreffende Ausnahmebestimmung des § 227, für die gleichfalls der Gesichtspunkt des durch ihn herbeigeführten Erfolges, eine schwere Körperverltzg. oder der Tod eines Menschen, maßgebend ist.

Die Einteilung der fahrl. Körperverletzgen ist dieselbe geblieben wie vor der StGN.

3) Obgleich die frühere Einteilung der vorsätzl. Körperverltzgen nach dem Gesichtspunkte des Erfolges nicht mehr haltbar ist, so hat das StGB. auch nach Erlaß der StGN. seine auf jenem früheren Unterscheidungsprinzip beruhende Ausdrucksweise beibehalten; dieses Verfahren verdient zwar wenig Beifall, ist aber trotzdem eingeschlagen und daraus erklärlich, daß die frühere Einteilung infolge einer Novellengesetzgebung hinfällig geworden ist. Wie die GM. mit Recht annimmt, sind nach der jetzigen Fassung des StGB. zu verstehen unter:

leichten vorsätzlichen Körperverletzungen lediglich die aus § 223,

schweren vorsätzlichen Körperverletzungen die aus §§ 224, 225,

während die Körperverletzungen aus § 223a, obwohl sie dem Erfolge nach leichte sind, dennoch unter der technischen Bezeichnung der leichten vorsätzl. Körperverltzgen nicht mitbegriffen werden; das Gesetz hat diese Körperverletzgen mit einem technischen Namen überhaupt nicht belegt, man bezeichnet sie aber meist als „gefährliche"; so RG. I 2. Nov. 82, IV 12. Okt. 86, E. 7 199, 14 360; aM.: Binding Lb. 1 47, John G. 25 413, unter leichten Körperverltzgen seien sowohl die nichtgefährlichen (§ 223), wie die gefährlichen (§ 223a) zu verstehen.

4) Wegen Begründung der Militärstrafgerichtsbarkeit für Aburteilung einer seitens einer früheren aktiven Militärperson gegen einen früheren milit., noch im aktiven Dienst befindlichen Vorgesetzten verübten Körperverltzg. vgl. MStGO. § 11.

§. 223.

Wer vorsätzlich einen Anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängniß bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft.

Ist die Handlung gegen Verwandte aufsteigender Linie begangen, so ist auf Gefängniß nicht unter Einem Monat zu erkennen.

PrStGB. §§ 187, 191. Entw. I §§ 195, 196, II § 218.

Entw. d. StGN. Art. I § 223 Abs. 1, 2. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145. StB. 1875/76 S. 803 f.

Vgl. §§ 228, 232 Abs. 1 sowie MStGO. §§ 16^3, 63^1.

Vorsätzliche Körperverletzungen im allgemeinen. N. 1—17.

1) Objekt der Körperverltzg. ist ein „anderer", d. h. ein anderer Mensch als der Täter. Daraus folgt einmal, daß die Körperverltzg. einer Leibesfrucht (sc. vor dem Beginne der Geburtswehen; RG. I 5. Nov. 94 E. 26 178) nicht als solche strafbar ist, weil das Objekt der Hdlg. nicht ein Mensch bzw. diesem in strafrechtl. Beziehung gleichgestellt ist; Oppenh.-D. N. 16, Herbst G. 26 25; vgl. jedoch §§ 218 ff. u. § 211 N. 1. Andererseits ergibt sich daraus, daß die Selbstverstümmelung sowie die Anstiftung und Beihilfe dazu gleichfalls nicht als Körperverltzg. gestraft werden können; vgl. jedoch § 142.

2) Die „körperliche Mißhandlung" (N. 2—4) ist nach der Ausdrucksweise des § 223_1, der die des PrStGB. § 122 entspricht, nur eine der beiden dem StGB. bekannten Modalitäten der Körperverltzg. (N. 7). In dem entsprechenden § 187 des PrStGB.: „Wer vorsätzlich einen anderen stößt oder schlägt, oder demselben eine andere Mißhandlung oder Verletzung des Körpers zufügt" 2c. war die Ausdrucksweise eine abweichende, da jene beiden Begriffe einander gleichgestellt waren.

3) Eine „körperliche" Mißhdlg. ist gleichbedeutend mit einer Mißhdlg. des Körpers eines anderen. Daß das PrStGB. § 187 nur von einer solchen sprach, konnte einmal wegen der besonders hervorgehobenen Hdlgen (Stoßen, Schlagen), dann mit Rücksicht auf die Abhängigkeit des Genitivs „des Körpers" von den beiden vorangegangenen Substantiven

nicht zweifelhaft sein. In keiner Weise erhellt aber, daß man bei der Redaktion des RStGB. in diesem Punkte von der Auffassung des PrStGB. abweichen wollte, vielmehr kam es nur darauf an, dem in letzterem zurückgedrängten Begriffe der „Gesundheitsbeschädigung" (vgl. Goltd. Mat. 2 402) sein Recht widerfahren zu lassen.

Den Gegensatz zur „körperlichen" Mißhdlg. bildet sonach die „geistige", d. h. diejenige Verfahrungsweise gegen einen anderen, die lediglich zu einer Folter seines Geistes führt, ihn lediglich gemütlich ergreift, ohne gleichzeitig für seinen Körper zu einer Mißhdlg. zu werden; so RG. IV 11. Apr. 99 E. 32 113, 2. Mai 02 E. 49 268; aM. Oppenh.-D. N. 17.

Kommt dem Ausdruck „körperliche" Mißhdlg. diese Bedeutung zu, so ist nicht anzunehmen, daß gleichzeitig noch ein anderer Sinn mit ihm zu verbinden sei; in jenem Ausdruck liegt daher nicht, daß die Einwirkungsweise des Täters eine körperliche sein müsse, m. a. W. das Erfordernis des „damnum corpore corpori datum" ist nicht aufgestellt; aM.: Hälschner 2 85, v. Liszt S. 316, Merkel S. 297 u. HRl. „Körperverl.", Geyer HH. 3 534, 4 366, Meves N. 6, Rubo N. 3, v. Schwarze S. 620 u. GS. 29 601, Herbst G. 26 32, 34.

Der häufigste Fall der körperl. Mißhdlg. ist allerdings der einer unmittelbaren — wenn auch unter Benutzung eines Werkzeuges, wozu auch gehetzte Hunde rc. zu rechnen, ausgeführten — körperl. Einwirkung des Täters auf den Körper des anderen, so beim Stoßen und Schlagen, auf die deshalb das PrStGB. § 187 — und jetzt wieder MStGB. § 122 — ausdrücklich hinweist. Außerdem ist aber auch eine mittelbare Einwirkung ohne körperliche Berührung denkbar. So zunächst — wie unstreitig — in den Fällen pflichtwidriger Unterlassung, wie z. B. bei Vorenthaltung der Nahrung. Weiter aber bei Einwirkung durch psychische Mittel, wie z. B. Herbeiführung eines Schreckes, oder Versetzung in einen aufgeregten Zustand, sobald dadurch auf den Körper selbst eingewirkt wird; so München OberstesLG. 10. Juli 00 E. 1 127; anscheinend aber auch das zit. RG. E. 32 113 für den Fall, daß die Verursachung des Schreckens durch Einwirkung auf den Körper mittels Reizung der Empfindungsnerven hervorgebracht wird (wogegen das zit. RG. E. 49 268 die Annahme einer Körperverltzg. auf das stattgehabte Anstreifen einer Revolverkugel stützen konnte), ferner: Berner S. 530, H. Meyer S. 471, v. Wächter S. 341, Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 17, während Meves N. 6 u. v. Schwarze S. 621 in der Verursachung von Schreck eine Gesundheitsschädgg. sehen, was nach Lage des Falles auch zutreffen kann; übrigens ist der Unterschied ohne wesentliche praktische Bedeutung (N. 7).

4) Wann eine „körperl. Mißhandlung" anzunehmen sei, ist gleichfalls streitig. Auf der einen Seite verlangt v. Wächter S. 340 „eine Störung des Wohlbefindens oder eine Erzeugung von erheblichen Schmerzen" sowie Rubo N. 3 die Verursachung eines heftigen Schmerzes, auf der anderen Seite sieht v. Schwarze S. 620 u. GS. 29 601 bereits in jeder Tätlichkeit gegen den Körper eines anderen eine Mißhdlg. Die Wahrheit liegt in der Mitte, indem dort zu viel, hier zu wenig verlangt wird. Mißhandeln bezeichnet an sich (vgl. wegen mißbrauchen §§ 48 N. 11b, 176 N. 13) nicht mehr wie ein unangemessenes, schlimmes, übles Behandeln, ohne Unterschied, ob das mißhandelte Objekt die Behandlung als eine solche empfindet; nimmt man hinzu, daß zum Tatbestande der Beleidigung ein Empfinden der Ehrenkränkung seitens des Betroffenen nicht vorausgesetzt wird (§ 185 N. 7), so wird man auch für die körperl. Mißhdlg., die im Gesetze nicht definiert wird, nicht verlangen können, daß sie einen Eindruck auf das Empfindungsvermögen des Objektes mache (weshalb z. B. auch die Herbeiführung einer Ohnmacht eine Mißhdlg. darstellen kann); so das sachlich von Binding Lb. 1 42 gebilligte RG. II 16. Apr. 89 E. 19 136, auch noch auf MStGB. § 122 (N. 3_3) verweisend, das keinen Anlaß gehabt habe, den Tatbestand der Mißhdlg. abweichend vom RStGB. zu normieren und trotzdem „Stöße und Schläge" als Arten der körperl. Mißhdlg. bezeichne, obgleich in deren Begriffe nicht liege, daß diese Behandlung vom Objekte notwendig (auch bei nicht normalmäßigen Funktionen des Gehirns und der Nerven) empfunden werden müsse; wenn auch nicht jede äußerlich als Stoß o. Schlag sich darstellende Berührung des Körpers als Mißhandlung zu gelten habe, so sei doch bei Stößen rc., die als solche von dem Gestoßenen nicht empfunden werden, der Begriff der Mißhdlg. nicht rechtsgrundsätzlich ausgeschlossen. Sieht man von solchen Aus-

nahmefällen ab, so erscheint die körperl. Mißhdlg. eines anderen auf doppelte Weise denkbar; dem sich anschließend Hecker Militärstrafr. S. 242 u. G. 33 78 f.

a) „Körperl. Mißhandlung“ ist zunächst jedenfalls die Zufügung eines körperl. Mißbehagens oder umgekehrt die Störung des körperl. Wohlbefindens (RG. I 29. Sept. 81 E. 5 129, II 18. Mai 88 R. 10 407) u. zwar in nicht ganz unerheblicher Art; so: RG. I 2. Juli 96, IV 11. Apr. 99, E. 29 58, 32 113, RMG. I 29. Jan. 04 E. 6 230, München OberstesLG. 10. Juli 00 E. 1 127; ferner: Berner S. 530, Geyer HH. 3 534, 4 364, H. Meyer S. 470, Oppenh.-D. N. 17, Rüd.-St. N. 2; aM. Birkmeyer Enzykl. S. 1165, lediglich: schuldhaft rechtswidrige Einwirkung auf den Körper eines anderen. Wenn auch eine Mißhdlg. meist auf die Zufügung eines Schmerzes hinausläuft, so verlangt doch die Wortbedeutung dieses nicht; so namentl.: zit. RMG. E. 6 230, Birkmeyer aO., v. Liszt S. 315, Frank N. I 1, Oppenh.-D. N. 17 u. Hecker aO., während Binding Lb. 1 43 u. Hälschner 2 85 die Verursachung eines körperl. Schmerzes erfordern (s. jedoch u. N. 6b aE.), wenn auch nur als „Sympton der gesundheitswidrigen Behandlung“ unter Zulassung der Möglichkeit von Mißhdlg. Bewußtloser (s. o.). Es kann deshalb eine Mißhdlg. auch durch Einflößen einer Flüssigkeit, die einen unangenehmen, scharf säuerlichen Geschmack hat und, wenn auch nur vorübergehend, die Empfindung des Stumpfwerdens der Zähne hervorruft, begangen werden (zit. RG. R. 10 407), ferner durch Bespritzen mit Wasser aus einer Spritze, wodurch bei dem Bespritzten ein körperliches Unbehagen hervorgerufen wurde; RG. I 9. Juni 02 G. 49 274. Auch Mißhdlg. durch eine Ekel erregende Behandlung des Körpers, insbs. durch Anspeien, ist denkbar; so: Berlin 13. Juni 73 St. 2 353, Frank N. I 1, Rüd.-St. N. 2; aM. Merkel HRl. „Körperverl.“, der auf Grund des gewöhnlichen Sprachgebrauches die Erregung von bloßem Mißbehagen oder Ekel nicht für eine Mißhdlg. erachtet, ebenso Binding aO., während v. Schwarze S. 621 btr. der Frage, ob eine Ekel erregende Behandlung des Körpers Mißhdlg. sei, die obwaltende Absicht entscheiden läßt.

b) „Körperl. Mißhandlung“ ist ferner diejenige Behandlung eines anderen, welche zu einer entstellenden Beeinträchtigung seiner körperl. Unversehrtheit führt; RG. III 31. Mai 94 E. 25 375 (aM. jedoch I 2. Juli 96 E. 29 58, das als Mißhdl. nur den Fall zu a ansieht), H. Meyer S. 470 f. Zu weit gehen Geyer HH. 4 364, H. Meyer S. 471 u. Frank N. I 1, die jede Beeinträchtigung der Integrität des Körpers eines anderen als Körperverltzg. ansehen, denn falls eine solche — wie z. B. das Abschneiden weniger Haare — weder ein körperl. Unbehagen erregt, noch irgendeine Entstellung mit sich bringt, so läßt der Begriff einer körperl. Mißhdlg. in dem oben erläuterten Sinn sich nicht anwenden; anders dagegen, falls die Beeinträchtigung der Integrität des Körpers — die Substanzverletzung — eine Entstellung (§ 224 N. 7) mit sich führt, mag selbige auch nicht erheblich und nur vorübergehend sein (vgl. übrigens u. N. 6b); von einem Eindruck auf das Empfindungsvermögen des Betroffenen ist auch in diesem Falle nicht die Rede; ähnlich v. Liszt S. 315, indem er für die „Störung der körperl. Unversehrtheit“ einen gewissen, grundsätzlich nicht näher zu bestimmenden Grad verlangt.

Operative Eingriffe am menschlichen Körper werden sich nach Obigem (a u. b) objektiv regelmäßig als Körperverletzungen i. S. des § 223 darstellen; so namentl. auch die partielle o. totale Entfernung innerer Organe, weil diese, wenn sie auch nicht entstellend wirkt, niemals ohne Störung des körperl. Wohlbefindens vor sich geht; so RG. III 9. Apr. 00 G. 47 286 (btr. § 230 bei Zertrümmerungen im Gewebe des Mutterkuchens einer Schwangeren durch Massage), ferner Oppenheim ZSchweizerStR. 6 338 ff.; aM. Stooß ebenda S. 54, der gelungene Operation nicht für Körperverltzgen erachtet, u. weitergehend Chirurg. Operation S. 6 ebenso wie Frank Abschn. 17 N. II 3, Heß Ehre S. 55 N. 4 u. Kitzinger GS. 55 87, im wesentlichen auch Heimberger Strafr. u. Medizin (München 1899), insbs. S. 5, btr. im ärztl. Berufe vorgenommener Operationen überhaupt (dagegen jedoch mit Recht OMA. zu dem zit. RG. E. 25 375) u. mit diesen übereinstimmend M. E. Mayer Rechtsnorm u. Kulturnorm S. 98 f., ferner Binding Lb. 1 56 f., die angemessene Aktion des Arztes bilde keine Unterart der Gesundhtsverltzg., sei vielmehr grundsätzlich Gesundheits-

mehrung, sowie jeder zur Rettung des Lebens o. der Gesundheit bestimmte, zweckdienliche maßvolle Eingriff sei unverboten, einerlei, wer ihn mache u. ob er den bezweckten Erfolg erreiche; vgl. auch: Beling ZStrW. **18** 286, v. Bar GS. **60** 95.

5) Die „**Beschädigung eines anderen an der Gesundheit**" ist die zweite neben die körperl. Mißhdlg. tretende (N. 2) Modalität der Körperverltzg.

Zunächst ist hervorzuheben, daß man von körperlicher und geistiger Gesundheit des Menschen spricht; die Gesundheitsbeschädgg. wird daher sowohl die eine wie die andere Seite der menschlichen Gesundheit treffen können, und ist keineswegs die auf die gemeinsame Bezeichnung „Körperverletzung" (N. 7) sich stützende Ansicht gerechtfertigt, daß unter „Gesundheit" i. S. des § 223 nur die körperliche zu verstehen sei; hiergegen spricht der Inhalt des § 224, der den im § 223 aufgestellten Begriff der Körperverltzg. voraussetzt, ferner bezeugt v. Schwarze S. 622 ausdrücklich, daß die Bundesratskommission „die Beschädigung der Gesundheit" auch zur Bezeichnung der Geisteszerrüttung für ausreichend erachtet habe, wenngleich die allg. Bezeichnung „Körperverletzung" nicht passe. So die GM.

Im übrigen kann von der schwierigen Feststellung des Begriffs der **Gesundheit** in abstracto abgesehen werden, da es hier nur darauf ankommt, zu bestimmen, wann jemand in Rücksicht auf seinen bisherigen körperl. und geistigen Zustund durch die Hdlg. eines Dritten als „an der Gesundheit beschädigt" zu erachten sei; es handelt sich sonach nur um die Bestimmung eines relativen Verhältnisses.

Eine „Beschädigung an der Gesundheit", die mit einer „Beschädigung der Gesundheit" gleichbedeutend sein dürfte (vgl. § 229_1; aM. Herbst G. **26** 37), ist nicht schon bei **jeder** Verschlechterung des körperl. oder geistigen Befindens anzunehmen, sondern nur bei einer derartigen Störung des Befindens, die als eine Krankheit (§ 221 N. 3c) bzw., wie auch **RG.** I 20. Mai 89 E. **19** 226 annimmt, bei schon vorhandener Krankheit als deren Steigerung sich bezeichnen läßt. Anderenfalls würde jede körperl. Mißhdlg. und jede Erregung eines unangenehmen Affektes eine Gesundheitsbeschädgg. sein; Merkel S. 297. Wann eine körperliche oder eine Geisteskrankheit anzunehmen sei, was in einzelnen Fällen zweifelhaft genug sein kann (vgl. Skrzeczka HH. **2** 226), ist vom medizinischen Standpunkte und deshalb regelmäßig unter Zuziehung eines ärztlichen Sachverständigen zu entscheiden; so z. B. ob eine vorübergehende Übelkeit als Krankheit und demgemäß als Gesundheitsbeschädigung anzusehen sei.

Ob die „Beschädigung an der Gesundheit" eine Verletzung der Körpersubstanz voraussetze, kann dahingestellt bleiben (s. jedoch u. N. 6a aE.); nachweisbar braucht eine solche keinesfalls zu sein und bei Geisteskrankheiten ist sie es häufig nicht; Skrzeczka aO. S. 227.

Was die Verursachung der Gesundheitsbeschädgg. anbetrifft, so wird hier fast allgemein dafür erachtet, daß eine unmittelbare Einwirkung nicht Voraussetzung sei und daß das Mittel namentl. auch psychischer Natur sein könne; so insbs. selbst: Merkel HRl. „Körperverl.", Geyer HH. **3** 527, Hälschner **2** 86, Meves N. 6, Herbst G. **26** 28, welche bezüglich der Mißhdlg. das Gegenteil annehmen (N. 3); aM. jedoch Frank N. I 2 u. Oppenh.-D. N. 19, die Geisteskrankht. nur hierher rechnen, falls sie „zugleich eine körperl. Gefährdung in sich schließt", bzw. infolge einer Einwirkung auf den Körper entstanden ist.

6a) Das **Verhältnis** zwischen „körperlicher Mißhandlung" und „Gesundheitsbeschädigung" ergibt aus den N. 2—5 sich dahin, daß es um zwei einander gegenüberstehende Begriffe sich handelt; eine körperl. Mißhdlg. kann zwar gleichzeitig eine Beschädigung an der Gesundheit sein, sie braucht solches aber nicht zu sein, wie z. B. meist ein Schlag oder ein Stoß mit der Hand eine Gesundheitsbeschädgg. nicht mit sich führt; auf der anderen Seite kann aber auch eine Gesundheitsbeschädgg. auf andere Weise als durch eine körperl. Mißhdlg. herbeigeführt sein, wie z. B. durch eine syphilitische Ansteckung; Frank N. I 2, Rüd.-St. N. 2. Unrichtig ist es hiernach, wenn Geyer HH. **3** 534, **4** 366 N. 2 das Verhältnis beider Arten der Körperverletzg. (u. N. 7) lediglich negativ bestimmt, und zwar dahin, daß „zur **Mißhandlung** alle dolosen, Schmerz, körperliches Übelbefinden oder Unbehagen verursachenden Tätlichkeiten gehören, welche nicht Gesundheitsbeschädgg. sind". Unrichtig ist es ferner, wenn v. Kries G. **25** 44 den Unterschied nur „quantitativ" dahin auffaßt,

daß die Gesundheitsbeschädggen die erheblichen, die Mißhdlgen die geringfügigen Verletzungen bezeichneten, oder wenn er gar S. 42 die Ansicht vertritt, daß jene beiden Begriffe überhaupt keine gesetzlichen seien; denn wenn das Gesetz selbst auch nicht bestimmt, was unter „körperl. Mißhdlg." und was unter „Gesundheitsbeschädgg." verstanden werden solle, so läßt doch, wie gezeigt, eine positive Abgrenzung dieser beiden im § 223 verwerteten Begriffe sich gewinnen. Verfehlt erscheint auch die von v. Liszt S. 316 gemachte Unterscheidung, wonach Mißhdlg. die äußeren Einwirkungen auf den Körper eines anderen, Gesundheitsbeschädgg. dagegen die Störung innerer körperlicher Funktionen bezeichnen soll; endlich auch die Ansicht von Hälschner 2 84 f., der als Mißhdlg. eine gg. den Körper gerichtete Tätigkeit erachtet, die nur eine sinnlich wahrnehmbare Empfindung der Unlust, einen körperlichen Schmerz von momentaner Bedeutung zur Folge habe, während die Gesundheitsbeschdgg. einen pathologischen Zustand bewirke, der entweder überhaupt nicht, oder nur durch einen Heilungsprozeß wieder beseitigt werden könne. Hdlgen, die weder unter den einen, noch unter den anderen sich bringen lassen, können daher als Körperverlkgen i. S. des Abschn. 17 nicht angesehen werden.

b) Die Frage, ob körperl. Mißhdlg. oder Gesundheitsbeschädgg. anzunehmen sei, ist namentl. bei dem praktisch häufiger vorgekommenen Zopfabschneiden erörtert worden. Während das Ausreißen von Haaren zweifellos eine Mißhdlg. ist, das Abschneiden der Haare mittels eines Messers meist eine solche sein wird (vgl. Dresden 25. März 72 SächsGZ. 16 247), kann das — heimliche — Abschneiden eines Zopfes mittels einer Schere nur unter Umständen als eine Mißhdlg. sich darstellen, allerdings in jeder der N. 4a u. b charakterisierten Modalitäten; ist der durch das Abschneiden des Zopfes herbeigeführte Verlust an Haaren so bedeutend, daß die dieser beraubte Frauensperson ein körperl. Mißbehagen empfindet oder, wenn auch nur vorübergehend, entstellt erscheint, so ist eine körperl. Mißhdlg. anzunehmen. Das Zopfabschneiden kann aber auch nach Lage der Sache eine Gesundheitsbeschädgg. sein, dann nämlich, wenn der Verlust der Haare, nicht etwa die dadurch hervorgerufene Gemütsbewegung, eine Krankheit, z. B. eine Erkältung oder einen nervösen Kopfschmerz verursacht (wegen der Konkurrenz von Diebstahl vgl. § 242 N. 37d); so auch Mittelstein G. 34 177. Im übrigen gehen die Ansichten sehr auseinander; RG. I 2. Juli 96 E. 29 58 verneint, daß das wider Willen des Trägers vorgenommene Abschneiden des Bartes eine Körperverlkg. sei, wenn es weder Schmerzgefühl, noch körperl. Unbehagen hervorgerufen habe; vgl. ferner Oppenh.-D. N. 18 u. v. Schwarze S. 622, die nur negativ ein das Wohlbefinden nicht beeinträchtigendes Zopfabschneiden nicht für eine Mißhdlg., bzw. ersterer nicht für eine Gesundheitsbeschädgg., erachten; ebenso im Resultate Binding Lb. 1 42 f.; Merkel HRl. „Körperverlkg." findet im Zopfabschneiden „an sich" keine Körperverlkg., da es weder die Merkmale einer Gesundheitsbeschädgg., noch die einer Mißhdlg. habe, während umgekehrt v. Liszt S. 316, H. Meyer aO. u. Frank N. I 1 nicht anstehen, das Zopfabschneiden wegen der herbeigeführten Verletzung der Substanz des Körpers stets als Körperverlkg. zu bestrafen; aus demselben Grunde sieht Herbst G. 26 35 stets in dem Zopfabschneiden eine Beschädigung der Gesundheit, während Geyer HH. 4 364 sie für eine Mißhdlg. erachtet; ebendieses tut ausnahmsweise (N. 4a) Hälschner 2 85 N. 3, obwohl das Haarabschneiden an sich keinen Schmerz verursache.

7) „Körperverletzung" begreift nach der durch § 223_1 eingeführten Ausdrucksweise sowohl den Fall einer „körperl. Mißhdlg." als auch den einer „Beschädigung an der Gesundheit". Diese Ausdrucksweise ist nach doppelter Richtung unzutreffend und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch widersprechend; denn einmal gibt es Mißhdlgen — und Gesundheitsbeschädggen —, die keine oder wenigstens keine nachweisbaren Verletzungen des Körpers des Gemißhandelten oder Beschädigten zurücklassen, dann aber werden unter Beschädigungen an der Gesundheit nicht nur solche des Körpers, sondern auch solche des Geistes verstanden.

Aus dem in N. 6 über das Verhältnis der „körperlichen Mißhdlg." zur „Gesundheitsbeschädgg." Bemerkten ist übrigens nicht zu folgern, daß mit dem Ausdruck „vorsätzliche Körperverlkg." ein kumulativer Mischtatbestand bezeichnet werde; es würde das dem prak-

tischen Bedürfnisse nicht entsprechen; denn trotz begrifflicher Verschiedenheit der körperl. Mißhdlg. von der Gesundheitsbeschädgg. ist die Grenze eine fließende und es ist tatsächlich häufig schwer feststellbar, ob eine Hdlg. unter den einen o. den anderen Begriff falle; vgl. Binding Lb. I 44. Hiernach wird man annehmen müssen, daß i. S. des Gesetzes nur verschiedene Modalitäten der strafb. Hdlg. in Frage stehen, derartig, daß eine alternative Feststellung für zulässig zu erachten ist (§ 47 N. 29); so auch Wertheimer Mischgesetze S. 47 f.; abweichend die frühere Aufl. des Komm.

Während im § 223₁ die strafb. Hdlg. selbst „Körperverletzung" genannt wird, bezeichnet dieser Ausdruck an anderen Stellen des StGB. (vgl. §§ 224 N. 1, 230 N. 1) den durch die Straftat verursachten Erfolg und zwar meist mit Anlehnung an § 223₁ sowohl die körperl. Mißhdlg. als auch die Gesundheitsbeschädgg. im objektiven S.

8) Die vorsätzl. Körperverltzg. ist ein Kommissivdelikt, kann aber, wie die vorsätzl. Tötung (§ 211 N. 3), den allg. Grundsätzen entsprechend (§ 1 N. 3a) auch durch eine Unterlassung verübt werden; so die GM., insbs. RG. I 14. Feb. 84 E. 10 100.

Auch im übrigen gelten über die Verursachung einer Körperverltzg. die allg. Grundsätze; es kann daher eine solche auch dadurch verübt werden, daß jemand durch rechtswidrige Einwirkung auf seinen Willen vorsätzlich bestimmt wird, selbst etwas zu tun, was eine Beschädgg. seiner Gesundheit zur Folge hat; RG. IV 30. Nov. 94 E. 26 242.

9) Die Rechtswidrigkeit der Hdlg. ist, gleichwie bei den vorsätzl. Tötungsdelikten (§ 211 N. 4), die selbstverständliche Voraussetzung einer jeden strafb. vorsätzlichen Körperverletzung; so die GM., insbs. RG. III 14. Apr., II 22. Okt. 80, III 9. Apr., I 29. Sept. 81, II 18. Dez. 83, III 31. Mai 94, II 5. Nov. 01, III 10. Apr. 05, E. 2 10, 376, 4 98, 5 129, 9 302, 25 375, 34 443, 38 34.

a) Es gelten hiernach die entsprechenden Ausführungen über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit bei den vorsätzl. Tötungsdelikten im wesentlichen auch hier, nur ist abweichend auf Grund des Zusammenhanges der Bestimmungen des StGB. anzunehmen, daß die Rechtswidrigkeit auch durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen werde (vgl. T. I Abschn. 4 N. 10). Die Geltung des Satzes „volenti non fit injuria" ist zwar gerade bei Körperverltzgen sehr bestritten (vgl. v. Wächter S. 190 u. GS. 20 1 sowie Gf. z. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 141, nach dem die Frage de lege lata überhaupt nicht zu beantworten sein soll), allein während die Natur gewisser Delikte der Anwendung jener Regel geradezu widerstrebt, läßt solches von der Körperverltzg. sich nicht sagen; im Gegenteil ist die völlige Versagung ihrer Anwendbarkeit auf alle Körperverltzgen entschieden dem allgemeinen Rechtsbewußtsein zuwider, so wenig dieses freilich billigt, daß auch schwere Körperverletzgen (§§ 224, 225) infolge erteilter Einwilligung des Verletzten straflos bleiben. Zunächst ist hervorzuheben, daß die Bestimmungen der §§ 223 ff. nur im Interesse des unmittelbar betroffenen Individuums gegeben sind, wie daraus hervorgeht, daß nur die Körperverltzg. „eines anderen" bestraft wird (N. 1); die Vorschrift des § 142₁, wonach ausnahmsweise die „Selbstverstümmelung" strafbar ist, bestätigt lediglich die Regel. Bei dieser Sachlage kann angesichts des Schweigens des Gesetzes über die Strafbarkeit einer mit Einwilligung des Verletzten erfolgenden Körperverltzg. folgerichtig nur angenommen werden, daß es bei vorliegender Einwilligung die Rechtswidrigkeit für ausgeschlossen erachte. Dazu treten einige Sonderbestimmungen des StGB., vor allen der bereits zit. § 142, nach dessen Abs. 2 (das. N. 5) die körperl. Verletzung eines anderen sogar bei vorliegendem „Verlangen" bestraft wird, aber unter Umständen, die solches im staatlichen Interesse ausnahmsweise erfordern; es wird hier aber nicht, wie im § 216 (N. 1₂) bei der Tötung auf Verlangen, der mildeste Fall der Tötung eines Einwilligenden unter eine privilegierte Strafandrohung gestellt, sondern offenbar der — nach Ansicht des Gesetzgebers — allein eine Bestrafung erheischende Fall überhaupt kriminalisiert (vgl. dagegen R. Schmidt Strafr. Verantwortlichkt. des Arztes — Jena 1900 — S. 57 f.). Wenn ferner § 216 bei den Tötungsverbr. in dem Verlangen des Getöteten den Grund für eine bedeutende Strafmilderung sieht, so würde die völlige Außerachtlassung des Verlangens bei der Körperverltzg. damit wenig übereinstimmen, endlich würde bei der entgegenstehenden Ansicht die schwere Körperverltzg. eines

Einwilligenden nach den §§ 224 f. bedeutend härter zu bestrafen sein als der — die schwersten, in Tötungsabsicht vorgenommenen, Fälle der Körperverlzg. einschließende — Versuch der Tötung aus § 216, falls der Versuch dieses Verg. überhaupt strafbar wäre (das. N. 5). Man hat deshalb durch die Einwilligung des Verletzten den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in allen Fällen der Körperverlzgen des Abschn. 17 anzunehmen, und sind daher bei vorliegender Einwilligung auch die gefährliche und die schwere Körperverlzg. für straflos zu erachten. So: Binding Hb. 1 724 u. Lb. 1 44, 2 699, Birkmeyer Enzykl. S. 1166, Finger 1 416, v. Wächter S. 190, v. Schwarze S. 163, Ortmann, Zimmermann, G. 25 119, 29 441, Sontag KrVJSchr. 19 19, Kronecker GS. 35 219 f., Keßler Einwillig. d. Verl. S. 73, Rödenbeck Zweikpf. S. 38, 47 N. 56 u. GS. 37 140, Hartmann GrünhutsZ. 27 750. AM.: RG. I 15. Nov. 80, III 22. Feb. 82, E. 2 442, 6 61, Hälschner 1 471, 2 91, v. Liszt S. 317, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 9, Breithaupt Volenti non fit inj. S. 64, Stooß Chirurg. Operation S. 89, die Einwilligung sei kein Strafausschließungsgrund. Eine Mittelmeinung (so auch die 1. Aufl.) dahin, daß die Einwilligung die Rechtswidrigkeit nur bei leichten (also nur auf Antrag zu verfolgenden) Körperverlzgen ausschließe, vertreten: Geyer 2 17 f. u. GS. 26 280 (früher HH. 3 555 unbedingte Strafbarkeit), Merkel S. 170 u. HRl. „Körperverl.", Schaper HH. 2 130, Frank Abschn. 17 N. II 2, auch v. Bar GS. 60 83 u. Mediz. Forschung u. Strafr. (Göttinger Festgabe f. Regelsberger 1901) S. 238 f., während H. Meyer S. 472 i. S. des geltenden Gesetzes bei leichten u. gefährl. Körperverlzgen Ausschluß der Strafbarkeit durch Einwilligung annimmt. Eine andere Mittelmeinung vertritt ORA. zu dem zit. RG. E. 25 375 dahin, daß die Einwilligung jemandes, der im Interesse seines Lebens o. seiner Gesundheit zum Zwecke der Heilung in ärztl. Behandlung trete, die ausgeführte Operation straflos mache. Eine neue Unterscheidung stellt endlich R. Schmidt aO. S. 56 ff. dahin auf, daß die Einwilligg. des Verletzten den Tatbestand der Körperverlzg. zwar ausschließe, soweit er in Erregung subj. Mißbehagens (in einer „Mißhdlg.") bestehe, daß sie dagegen gleichgültig sei, soweit er in äußerer oder innerer regelwidriger Veränderung der Körperbeschaffenheit (in einer „Gesundheitsbeschädgg.") bestehe.

b) Bei den im ärztlichen Berufe vorgenommenen Eingriffen an Kranken und Gesunden reicht der Gesichtspunkt der Einwilligung, den Sontag aO. S. 20, Keßler aO. S. 77 u. Birkmeyer aO. — und im Wesen auch Stenglein DJZ. 4 107, 151 (die freie Disposition über den eigenen Körper liege der Operationsberechtigg. des Arztes zugrunde) — ausschließlich aufstellen und den hier ausnahmsweise auch Hälschner 1 471 gelten läßt, nicht aus; vgl. H. Meyer S. 271 u. namentl. Binding Hb. 1 802 u. Lb. 1 57 sowie Gf. z. Dohna Rechtswidrigkeit T. II Abschn. 3 u. v. Bar GS. 60 82 f. (o. T. I Abschn. 4 N. 9d), andererseits freilich zit. RG. E. 25 375, das übrigens, obschon es ein sog. Berufsrecht des Arztes zur selbständigen Grundlage originärer Befugnisse über den Körper eines Kranken unzureichend erachtet und zutreffend (wie auch v. Bar GS. 60 84, Brückmann ZStrW. 24 686 u. Galli Recht 9 127 annehmen) bei einer gegen den Willen des Kranken o. seines berechtigten Vertreters vorgenommenen ärztlichen Operation die Rechtswidrigkt. der Körperverlzg. (N. 4 letzt. Abs.) für vorliegend ansieht (ebenso übrigens zit. RG. E. 38 34 für den Fall eines seitens eines nicht wissenschaftlich gebildeten Heilkundigen zwecks Heilverfahrens vorgenommenen operativen Eingriffs), dennoch die Bedeutung des ärztl. Berufes für die Auslegung des vernünftigen Willens des Beteiligten, insbs. für die Fälle der Bewußtlosigkt., Geisteskrankht. o. Unzurechnungsfhgkt. des Kranken o. bei Gefahr im Verzuge wg. Abwesenheit des Vertreters des letzteren nicht verkennt; vgl. auch damit wesentlich übereinstimmend ORA. zu dem zit. RG. E. 25 387 ff. Oppenheim Ärztl. R. zu Eingriffen S. 18 ff. sowie ZSchweizerStR. 6 332 ff. nimmt an, daß die Straflosigkt. der ärztl. Eingriffe im Gewohnheitsrecht ihre Quelle habe; ihm tritt, unter Ableitung des Gewohnheitsrechtes aus PGO. Art. 134, R. Schmidt aO. S. 38 ff. bei, während Stooß ZSchweizer-StR. 6 60, 7 192 ff. (vgl. jedoch auch Chirurg. Operation S. 98) gegen diese Auffassung sich wendet. Wenn aber R. Schmidt aO. S. 27 f. als den, gewohnheitsrechtlich anerkannten, Strafausschließungsgrund das „Recht der ärztlichen Hilfe" bezeichnet, d. h.

das Recht zur Vornahme derj. Eingriffe, insbs. in Körperintegrität, ev. sogar in das Leben, die nach der medizinischen Erfahrung zur Heilung &c. erforderlich u. angemessen sind, so ist das in Wahrheit kaum verschieden von dem diesseits vertretenen — im wesentlichen von Finger **1** 410 u. KrVISchr. **44** 598, Behr GS. **62** 416, früher auch von Binding Hb. (anders jedoch jetzt Lb.; s. o. N. 4) geteilten — Standpunkte, wonach der ärztliche Beruf den Strafausschließungsgrund bildet; denn selbstverständlich muß der Eingriff unter Beobachtung der anerkannten Regeln der Heilkunde geschehen, wenn nicht die Tat als fahrlässige oder unter Umständen als vorsätzl. Körperverlzg. strafbar sein soll. Einen anderen Standpunkt nimmt dagegen von Lilienthal Pflichtmäßige ärztl. Hdlg. (Heidelberger Festgabe für J. Bekker) S. 3 ff. ein, indem er wesentlich subjektiv auf die Verfolgung des ärztl. Zweckes abstellt. Der zivilrechtl. Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag endlich wird herangezogen von Rosenberg GS. **62** 82 u. Galli aO.; vgl. dagegen jedoch namentlich Brückmann ZStrW. **24** 657 ff.

10) Die Inanspruchnahme eines Züchtigungsrechtes — vgl. darüber in seiner strafrechtl. Bedeutung: Hubrich GS. **46** 161 ff., Havenstein G. **51** 241 ff. sowie speziell über das Züchtigungsr. des Lehrers Gf. z. Dohna Rechtswidrigkeit T. II Abschn. 1 S. 83 ff. — auf seiten des Täters sieht die GM. mit Recht als ein Bestreiten der Widerrechtlichkeit der Hdlg. an; so insbs.: **RG.** II 18. Dez. 83 E. **9** 302, III 3. März 87 R. **9** 165. Für die Frage, ob jemandem ein Züchtigungsr. zustehe, kommen sowohl reichsrechtliche wie landesrechtliche Rechtsnormen in Betracht. Vgl. aber jetzt **RG.** III 10. Apr. 02 E. **35** 182, das bei Erörterung der Frage, ob Lehrern an gewerbl. Fortbildungsschulen beim Fehlen landesrechtl. Vorschriften (reichsrechtl. kommen nicht in Betracht) ein Züchtigungsr. zustehe, ausspricht, daß beim Fehlen solcher sich keineswegs die Folgerung ziehen lasse, es stehe ihnen kein solches zu, denn die Befugnis eines Lehrers zur Anwendung von Zuchtmitteln, einschließl. körperl. Züchtigung, welche die von der Schule verfolgten Erziehungszwecke zu ihrer Verwirklichung notwendig erheischten, folge aus dessen Recht u. Pflicht zur Erziehung von selbst; entsprechend schon früher btr. der Volksschullehrer die zu b zitt. **RG.** R. **9** 165, E. **20** 371, **33** 71. In ähnlicher Weise wird trotz Fehlens positivrechtlicher Normen nicht selten ein Züchtigungsr. Erwachsener gegenüber Kindern zur Abwehr von Ungezogenheiten behauptet; eine solche Berechtigung ist jedoch zutreffend zu verneinen; so: **RG.** III 9. Apr. 81 E. **4** 98, H. Meyer S. 270; aM.: Dresden OLG. 27. Feb. 02 SächsA. **23** 202 (auf Grund stehender Rechtsübung), Binding Hb. **1** 800 (im Lb. **1** 45 f. ist der objektive Rechtssatz nicht vertreten, wenn auch S. 46 N. 1 das zit. RG. in subjektiver Beziehung für unrichtig erachtet wird), v. Schwarze S. 627, Havenstein G. **51** 255.

a) Reichsrechtliche Normen entscheiden heute vor allem über die Ausübung eines Züchtigungsr. im Gebiete des Familienrechts. Dem Vater steht nach BGB. § 1631₂ kraft des Erziehungsrechtes die Anwendung „angemessener Zuchtmittel" gegen das Kind zu (vgl. darüber München OberstesLG. 18. Juli 01 E. 2 29) u. entsprechend neben ihm (bzw. neben dem bestellten Vormunde) der Mutter nach Maßgabe des § 1634 das. bzw. des § 1698. Steht der Mutter die elterliche Gewalt zu, so hat sie ein Züchtigungsr. unmittelbar, wie der Vater; BGB. § 1686. Die unehel. Mutter hat nach BGB. § 1707 das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen und damit gemäß § 1631 auch das Erziehungsrecht einschließlich des Züchtigungsrechts; so auch **RG.** IV 22. März 01 G. **48** 134. Auch der Vormund eines Minderjährigen hat dasselbe Züchtigungsrecht, wie der Vater; BGB. § 1800. Im übrigen ist aus dem BGB. selbst nur negativ zu entnehmen, daß dem Ehemanne gegen die Ehefrau ein Züchtigungsr. nicht zusteht. Auch haben Stiefeltern als solche kein Züchtigungsr. gegen Stiefkinder, mit denen nach BGB. §§ 1590, 1705 nur das Verhältnis der Verschwägerung besteht; es kann ihnen jedoch ein abgeleitetes Recht (N. 11) zustehen; zit. **RG.** G. **48** 134. Andere Reichsnormen, die ein Züchtigungsr. anerkennen, sind nur enthalten in § 127a GewerbeO., wonach die — gewerblichen — Lehrlinge (nach § 154 das. nicht auch die Lehrlinge in Apotheken u. Handelsgeschäften) der „väterlichen Zucht" (s. o.) des „Lehrherrn" unterworfen sind, worunter auch dessen Stellvertreter zu verstehen ist (Berlin 15. Dez. 75 O. **16** 799). Reichsrechtlich ist ferner

durch Art. 95₃ EGBGB. ausgesprochen, daß dem Dienstberechtigten dem Gesinde gegenüber ein Züchtigungsrecht nicht zusteht, wodurch somit der im übrigen hinsichtlich des Gesinderechts unberührt gebliebenen Landesgesetzgebung eine Schranke gezogen ist; das gilt nach HGB. § 83 auch für das in dem Betriebe eines Handelsgewerbes verwendete Gesinde. Endlich schließt die SeemannsO. in § 91₁ „körperl. Züchtigung" ausdrücklich von den Disziplinarmitteln des Schiffers gegenüber dem Schiffsmann aus.

b) Landesrechtliche Normen kommen namentl. in Betracht für die Ausübung eines Züchtigungsr. im Gebiete der Schuldisziplin, aber doch auch anderweit, z. B. für die Disziplin in den Strafanstalten (vgl. § 340). Die Normen des Landesrechtes über ein Züchtigungsrecht brauchen nicht ausdrückliche zu sein, derartig, daß aus ihrem Fehlen die Negative zu folgern wäre; so — abgesehen von dem eingangs zit. RG. **35** 182 — das das. zit. RG. R. **9** 165 speziell btr. des Züchtigungsr. der Volksschullehrer (s. u. I α), welches vielmehr aus deren Erziehungsrechte, insoweit die von der Schule verfolgten Erziehungszwecke die Anwendung von Zuchtmitteln erheischten, von selbst folge, ferner I 1. Feb. 90, 15. Jan. 00, E. **20** 371, **33** 71 (beide btr. der Elſ.-Lothr. Gesetzgebung, die ein Recht zu körperl. Züchtigung nirgends anerkenne, während ein solches aber allen denen zugesprochen werden müsse, die ein Erziehungsr. besäßen); vgl. aber andererseits I 15. Okt. 94 E. **26** 148, eine Berechtigg. zu Körperverletzgen gebe dem Lehrer ausschließlich das ihm amtlich verliehene Züchtigungsr.; ein allg. Züchtigungsr. gebe es für den Lehrer nicht. Während aber ferner RG. II 29. März 87, III 18. Apr. 87, E. **15** 376, **16** 34 den Satz aufgestellt hatten, daß das Züchtigungsrecht des Lehrers kein subjektives Recht im S. des Zivilrechts, sondern vielmehr eine Amtsbefugnis sei und als solche der Bestimmung der Gesetze und den den Gesetzen entsprechenden Amtsinstruktionen des Beamten unterliege (dagegen Keßler GS. **41** 167 ff., gg. diesen aber wieder Stenglein GS. **42** 1 ff.), erklärt RG. III 3. Juni 89 E. **19** 265 mit Recht zwar die Annahme, daß unter dem maßgebenden Landesrechte nur die Landesgesetze i. e. S. verstanden werden dürften, für unhaltbar, indem die auf das Aussprechen allgemeiner Grundsätze hinsichtlich der Schulzucht sich beschränkenden Landesgesetze deren nähere Bestimmung und Ausführung der zuständigen Landesverwaltungsbehörde im Wege des ihr verfassungsmäßig zustehenden Verordnungsrechtes überließen, führt dann aber zutreffend weiter aus, daß „nicht schon jede, irgendwie die Ausübung des Züchtigungsrechtes betreffende Anordnung irgendeiner mit Übung der Schulzucht betrauten Instanz" eine landesrechtl. Normierung der Grenzen des statthaften Züchtigungsrechtes im obigen S. enthalte; demgemäß wird im gegebenen Fall nicht nur verneint, daß eine „mündlich erteilte Instruktion eines Bezirksschulinspektors" das Züchtigungsrecht objektiv beschränken könne, sondern namentl. auch in die Untersuchung eingetreten, ob eine Instruktion, welche von einer zum Erlaß spezieller Bestimmungen über Umfang und Art der Ausübung des Züchtigungsrechtes an sich zuständigen Behörde gegeben worden, tatsächlich in Ausübung jenes Verordnungsrechtes erlassen sei, und die Frage dahin beantwortet, daß die Instruktion (i. c. die vom Gothaischen Staatsministerium an die Bezirksschulinspektoren erlassene v. 1. Juli 1870) nur auf interne Verhältnisse der Schulaufsicht sich beziehe und nur Direktiven erteile für zweckentsprechende Ausübung des Züchtigungsrechts innerhalb der demselben vom Schulgesetze gezogenen Grenzen. Der hiermit eingenommene Standpunkt erscheint als der richtige; vgl. übrigens auch das nach Aufhebung der in Pr. erlassenen Instruktionen ergangene RG. II 14. Juni 92 E. **23** 161. In Bayern ist übrigens die das Züchtigungsr. der Volksschullehrer regelnde Entschließung des Staatsministeriums des Innern v. 20. Mai 1815 noch in fortdauernder Geltung; RG. I 14. Jan. 01 E. **34** 95.

Ein Züchtigungsrecht ist auf Grund des btr. Landesrechts in der Praxis des RG. I. zugesprochen:

α. dem Lehrer gegen seine Schüler; insbs. I: 29. Sept. 81, 21. Nov. 89, 10. Dez. 91, E. **5** 129, **20** 93, **22** 264 (Württemberg; s. übrigens u.), 21. März 94 E. **25** 196 (Großherzogt. Hessen), 24. Nov. 81 E. **5** 193 (Nieder-Bayern), 30. Juni 81 R. **3** 451 (Bayern Unterfranken), 15. Jan. 00 E. **33** 71 (Elſ.-Lothr.); II: 18. Dez. 83, 29. März 87, 14. Juni

92 (Ost- u. Westpreußen), E. 9 302, 15 376, 23 161; III: 14. Apr. 80 E. 2 10 (Lippe), 3. März 87 R. 9 165 (Sachsen-Weimar), 18. Apr. 87 E. 16 34 (Schleswig-Holstein), 1. Dez. 87 R. 9 686 (Hamburg), 3. Juni 89 E. 19 265 (Gotha); IV: 4. Okt. 89 E. 31 267 (Mecklenburg-Schwerin). Übrigens erstreckt die Schulzucht, auch soweit es um Vorkommnisse **während** der Schulzeit sich handelt, sich nicht auf die aus der Schule bereits entlassenen Kinder; RG. I 17. Nov. 83 E. 9 204;

β. dem Schulvorstande und dessen Vorsitzenden gegen die Schüler; zit. RG. E. 9 204;

II. **abgesprochen:**

α. in Württemberg dem Lehrer gegen Sonntags- u. Winterabendschüler; I 7. Jan. 96 E. 28 85;

β. in Elsaß-Lothringen den Dienern der verschiedenen Religionsgesellschaften als solchen; I 1. Feb. 90, 15. Jan. 00, E. 20 371, 33 71.

Vgl. auch btr. Großh.Hess.Rechts: I 24. Mai 97, 4. Feb. 01, E. 30 126, 34 118.

11) An sich wird das Züchtigungsrecht immer ein höchst persönliches sein; es ist daher als solches nicht veräußerlich; so: RG. IV 2. Jan. 00 E. 33 32 speziell btr. des Züchtigungsrechtes als Ausfluß des elterl. Erziehungsrechtes, Finger 1 401. Das schließt aber nicht aus, daß **mit dem Recht selbst**, aus dem das Züchtigungsrecht sich herleitet, auch dessen Handhabung zeitweilig übertragen werden könne, derartig, daß in diesem Sinne von einem **abgeleiteten** Züchtigungsrecht gesprochen werden darf; RG. III 11. Jan. 82 R. 4 38, Finger aO. u. m. E. auch v. Liszt S. 154. Diese Übertragung, sei es unter Einschränkung auf gewisse Fälle o. Züchtigungsmittel, sei es zur Ausübung nach eigenem Ermessen, findet ihre naturgemäße Grenze in den sittlichen Pflichten des Inhabers des Züchtigungsrechtes, darf also — wie bereits eingangs bemerkt — nie zu einer Entäußerung der mit dem Züchtigungsrecht stets verbundenen Pflichten führen; zit. RG. E. 33 32.

12) Ist im Einzelfalle anzunehmen, daß dem Täter gegen den Verletzten im allgemeinen ein Züchtigungsrecht zugestanden habe, so kommt zunächst in Frage, ob die Körperverltzg. **in Ausübung des Züchtigungsrechts** — also zum Zwecke der Erziehung — oder zu einem anderen Zwecke (wenn auch vielleicht unter dem Vorwande der Ausübung des Züchtigungsrechtes) geschah; RG. III 3. März 87 R. 9 165, Binding Hb. 1 798, Merkel S. 297. Ist das erstere der Fall, so ist dadurch eine Bestrafung wegen Körperverltzg. ausgeschlossen, wenn nicht ausdrücklich eine **Überschreitung** festgestellt wird. Sobald jedoch infolge der Überschreitung der Grenzen, die das Reichs- bzw. Landesrecht (N. 10) dem Züchtigungsrecht auflegt, die **objektive Widerrechtlichkeit** einer Körperverltzg. vorliegt, hat kriminelle Bestrafung einzutreten und zwar je nach der subjektiven Willensrichtung (b) wegen vorsätzlicher oder wegen fahrlässiger Körperverltzg. Das ist auch der Standpunkt, den das RG. in vielen der N. 10 b I α zitt. Entscheidungen eingenommen hat; vgl. insbs. RG. III 3. Juni 89 E. 19 265.

a) Eine Überschreitung des Züchtigungsrechtes ist wesentlich in drei Richtungen denkbar:

α) Der Exzeß kann verübt werden durch **Außerachtlassung der Voraussetzungen** des Züchtigungsrechtes, so z. B. wenn seitens des Lehrers die erforderliche Zustimmung der Oberbehörde nicht eingeholt ist. Ein solcher Exzeß liegt aber nicht vor, wenn der Lehrer bei Beurteilung der Frage, ob hinreichender Anlaß zur Züchtigung vorliege, irrt; RG. I 21. Nov. 89 E. 20 93.

β) Der Exzeß kann ferner liegen in der Überschreitung **des zulässigen Maßes**; vgl. z. B. RG. I 11. Juni 94 E. 42 244 btr. des dem Lehrherrn zustehenden Rechts der väterlichen Zucht (nicht aber in der vielleicht unangemessenen Anwendung des an sich zulässigen Maßes; das zit. RG. E. 20 93); so verbietet z. B. die PrKabO. v. 14. Mai 1825 Nr. 4, 5 die Schulzucht „bis zu Mißhdlgen, die der Gesundheit des Kindes auch nur auf entfernte Art schädlich werden können". In Ermangelung positiver Vorschriften ist für das Maß des Züchtigungsrechtes sein der Erziehung dienender Zweck bestimmend, weshalb die Züchtigung niemals in einer Gesundheitsbeschädgg. bestehen darf; Binding Hb. 1 798. Dementsprechend RG. III 3. März 87 R. 9 165 speziell btr. des Züchtigungsrechtes der Lehrer, dessen Grenze in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmungen je nach der kon-

kreten Sachlage unter Berücksichtigung dessen zu bestimmen sei, was eine vernünftige Schulzucht erfordere. Übrigens reicht die bloße Tatsache des Eintritts einer Gesundheitsschädbgg. keineswegs zur Annahme einer Überschreitung des Züchtigungsrechtes hin; sie bildet vielmehr nur ein Anzeichen dafür; v. Schwarze S. 626 u. GS. 29 609 u. demselben beitretend Binding aO. N. 25.

γ) Endlich kann noch in Frage kommen, ob ein Exzeß hinsichtlich der Art der Vollziehung der körperlichen Züchtigung, insbs. hinsichtlich des gebrauchten Züchtungsmittels bzw. dessen Anwendung anzunehmen sei; eine unbedingte Verneinung, wie v. Schwarze aO. sie wenigstens in letzterer Beziehung gibt, erscheint nicht statthaft, vielmehr wird entscheidend sein, ob dem Züchtigungsrecht auch in jenen Beziehungen gesetzliche oder durch Instruktionen ꝛc. nur disziplinarische Schranken gezogen sind; vgl. GS. 29 606. Während im letzteren Falle eine strafrechtlich zu ahndende Überschreitung des Züchtigungsrechtes nicht würde angenommen werden können (vgl. Keßler GS. 41 186 sowie das zit. RG. E. 19 265), ebensowenig wie bei einer unangemessenen Anwendung einer an sich zulässigen Züchtigungsart, so muß solches doch im ersteren Falle geschehen; so RG. I 29. Sept. 81 E. 5 129, zit. E. 20 93, btr. die Nichteinhaltung der auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassenen Verfügung des Württemb. Ministeriums des Kirchen- und Schulwesens vom 22. Mai 1880, wonach Lehrer nur zu einer bestimmten Anzahl von Streichen auf die innere Handfläche bzw. das Gesäß befugt sind; vgl. auch RG. I 24. Nov. 81 E. 5 193 btr. die in Nieder-Bayern über die Züchtigungsbefugnis der Lehrer bestehenden Vorschriften. Übrigens hat das N. 10 b I α zit. RG. E. 9 204 einem Schulkinde gegenüber die Züchtigung mittels Reitpeitsche aufs Gesäß im allg. nicht für eine unzulässige Züchtigungsart erachtet.

b) Als vorsätzliche Körperverltzg. (wegen fahrlässiger vgl. § 230 N. 3a) kann mit Rücksicht auf den erforderlichen Dolus (N. 13) eine Überschreitung des Züchtigungsrechtes nur dann bestraft werden, wenn sie wissentlich, d. h. im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit, geschah; so die GM., insbs.: RG. III 14. Apr. 80 (das über die wesentlich in Betracht kommenden Fragen sich verbreitet), 29. Sept. 81, 3. Juni 89, 30. Juni 81, 1. Dez. 87, E. 2 10, 5 129, 19 265, R. 3 451, 9 686, II 18. Dez. 83, 16. Apr. 89, E. 9 302, 19 136.

c) Eine disziplinarische Bestrafung (aγ) kann in Frage kommen, sowohl wenn die Zulässigkeit einer kriminellen Bestrafung verneint werden muß (RG. III 3. Juni 89 E. 19 265, insbs. 270 f.), als auch wenn kriminelle Bestrafung erfolgt ist.

13) Für den Dolus einer jeden vorsätzl. Körperverltzg. ist zunächst das Wissen u. Wollen eines auf die Herbeiführung einer Körperverltzg. in dem N. 2—6 erläuterten S. gerichteten Angriffes gegen einen anderen erforderlich; RG. I 9. Nov. 93 E. 24 369 (der Vorsatz der Hdlg. u. das Bewußtsein, daß durch sie das Wohlbefinden gestört o. die Gesundheit beschädigt werde); der bloße Vorsatz, die btr. Hdlg. zu bewirken, genügt deshalb selbst dann nicht, wenn es z. B. um einen körperlichen Eingriff mittels eines Instrumentes sich handelt; RG. IV 30. März 94 E. 25 227 (Durchschneiden des Schambändchens einer Kreisenden seitens der Hebamme). Weiter ist das Bewußtsein erforderlich, daß der Angriff ein widerrechtlicher sei (vgl. N. 12b btr. des Dolus bei Ausübung des Züchtigungsr.); so das zit. RG. E. 25 227 (das jedoch durch eine bewußte Zuwiderhdlg. gg. die Vorschriften des PrHebammenlehrbuchs wg. dessen lediglich instruktionellen Charakters — vgl. § 327 N. 3b — nicht ohne weiteres das Bewußtsein der Widerrechtlichkt. für gegeben erachtete); aM. Rubo N. 6. Über die Frage, ob der Dolus bei einzelnen Arten der qualifizierten Körperverltzg. ein weitergehender sei, vgl. §§ 223a N. 12, 224 N. 12, 225 N. 2.

Selbstverständlich genügt auch hier ein Eventualdolus in dem § 59 N. 6 erläuterten S.; daß ein solcher vorliege, wird bei einem syphilitisch Kranken, der in Kenntnis der Krankheit den Beischlaf vollzieht, meist anzunehmen und deshalb bei eingetretener Ansteckung vorsätzl. Körperverltzg. angezeigt sein; überwiegend wird hier nur fahrl. Körperverltzg. angenommen. Noch weniger kann das Vorliegen des Dolus bezweifelt werden, wenn der Täter die verletzende Hdlg., z. B. einen Schuß, gegen mehrere Personen richtete mit der Absicht, alle oder eine von diesen zu treffen; Berlin 22. Jan. 75 St. 4 348. Selbstver-

ständlich schließt auch ein error in objecto (persona) den Dolus nicht aus; München 19. Juli 72 St. 2 375.

Der durch die Hdlg. verfolgte Zweck ist gleichgültig, namentl. braucht die Zufügung eines körperl. Mißbehagens, die Beeinträchtigung der körperl. Unversehrtheit 2c. nicht der Endzweck zu sein; so die GM., insbs.: **RG**. II 31. Jan. 82 R. **4** 97, zit. E. **24** 369.

Deshalb ist auch an sich der Beweggrund gleichgültig, so insbs. ob die Körperverlzg. „aus Scherz" vorgenommen wurde, wenn auch der Scherz häufig das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließen wird (unvereinbar sind beide aber keineswegs [vgl. § 185 N. 17]; so Oppenh.-O. N. 21; aM. Herbst G. **26** 39), oder ob sie seitens eines Lehrers gegenüber einem Schüler geschah, „um den Zwecken der Schule zu dienen"; **RG**. I 29. Sept. 81, 21. Nov. 89, E. **5** 129, **20** 93.

14) Wegen mangelnden Dolus ist eine vorsätzl. Körperverlzg. in der Praxis des **RG**. namentl. in folgenden Fällen für ausgeschlossen zu erachten:

a. bei einer aberratio ictus (§ 59 N. 27), weil die dem A. tatsächlich zugefügte Körperverlzg. dem B. zugedacht war, folglich die Tat nicht mit dem Vorsatz des Täters übereinstimmte; II 28. Sept. 80, I 14. Feb. 81, 17. Feb. 98, E. **2** 335, **3** 384, G. **46** 132;

b. bei irrtüml. Annahme, das Recht zur vorl. Festnahme gemäß StPO. § 127 schließe das Recht zur Zufügung von Körperverlzgen in sich, sofern der Festgenommene ohne solche an der Flucht nicht verhindert werden könne (§ 59 N. 2); II 5. Nov. 01 E. **34** 443;

c. bei irrt. Annahme eines Züchtigungsrechtes (vgl. die § 59 N. 25d zitt. **RG**. E. **4** 98, **33** 32, 71), wobei ausnahmsweise (§ 59 N. 26) ein error in persona von Erheblichkeit werden kann; I 25. Apr. 89 E. **19** 179;

während mit Recht für unerheblich erachtet ist, ob der Täter in dem von ihm aufgewendeten Maße physischer Kraft o. in dem von ihm gebrauchten Werkzeuge o. in der von ihm getroffenen Stelle des Körpers des Verletzten sich irrt; III 24. Sept. 94 E. **26** 61.

15) Liegt der objektive und subjektive Tatbestand einer vorsätzl. Körperverlzg. vor, so haben die Vorschriften des RStGB. Anwendung zu finden und kommt nach EG. § 2 entgegenstehenden Landesgesetzen, namentl. solchen, nach denen Überschreitungen des Züchtigungsrechtes, wenn sie nicht zu „eigentlichen Verletzungen oder Gesundheitsbeschädigungen" führen, nur mit Disziplinarstrafen belegt werden sollen, Geltung nicht zu; **RG**. III 14. Apr. 80 E. **2** 10 (bezügl. des Fürstl.LippeschenG. über d. Volksschulwesen v. 11. Dez. 1849 § 95), 3. März 87 R. **9** 165, Binding Hb. **1** 279; vgl. jedoch außer dem o. N. 10a zit. Aufsatz von Keßler ferner Seitz MagDR. 8 288 ff. Ebendeshalb ist auch § 77 der — nach EGBGB. Art. 95 unberührt gebliebenen — PrGesindeO., nach dem das Gesinde, welches die Herrschaft durch ungebührliches Betragen zum Zorn u. folgeweise geringen Tätlichkeiten gereizt, dafür „keine gerichtliche Genugtuung" fordern kann, nicht mehr in Geltung, denn ein Züchtigungsrecht der Dienstherrschaft besteht nicht (N. 10a), zur Aufstellung eines „nach den konkreten Verhältnissen" eintretenden „gesetzlichen Strafbefreiungsgrundes" aber erscheint die Landesgesetzgebung nicht befugt (so: Hubrich GS. **46** 229, Nußbaum ZStrW. **20** 422, woselbst weitere Literatur- u. Judikaturnachweise; aM.: **RG**. I 12. Apr. 80 E. 2 7, München OLG. 9. Juni 91 E. **6** 705, Rüd.-St. N. 6, Delius DJZ. **4** 495), sowenig wie es nach EGStPO. § 6_1 bzw. EGGVG. § 11 zulässig ist, auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften von der strafrechtl. Verfolgung von Körperverlzgen abzusehen, die nach Reichsrecht strafbar sind. Es ist deshalb aus diesem Grunde beispielsweise die PrKabO. v. 14. Mai 1825 Nr. 6, insofern als dort die „Bestrafung im gerichtlichen Weg" wegen gewisser gelinder Überschreitungen des Züchtigungsrechts untersagt ist, für aufgehoben zu erachten; **RG**. II 18. Dez. 83, 29. März 87, E. **9** 302, **15** 376.

16) Wegen gleichartiger Idealkonk. durch die Körperverlzg. mehrerer Personen mittels einer u. derselben Hdlg. vgl. § 73 N. 2, 16. Die Verletzung verschiedener Personen durch verschiedene Akte ist bei der Eigentümlichkeit des Delikts selbst dann als Realkonk. (§ 74) aufzufassen, wenn der Streit ununterbrochen verlief; vgl. § 73 N. 10IIa.

17) Das Verhältnis der vorsätzlichen Körperverletzung zu anderen strafb. Hdlgen kommt, abgesehen von dem Ausschlusse einer Idealkonk. mit fahrl. Körperverltzg. (§ 73 N. 17₃), besonders in Frage:

a. beim Verbr. aus § 94; insofern die Körperverltzg. mittels einer „Tätlichkeit" i. S. einer körperlichen Einwirkung auf den Körper des anderen begangen wird, kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden; § 94 N. 2₂, 6d; vgl. Schütze S. 395 N. 3;

b. beim Verg. aus § 113; führt der „durch Gewalt geleistete Widerstand" bzw. der „tätliche Angriff" überhaupt zu einer körperlichen Berührung des Gegners (§ 113 N. 23a, 25), so wird meist Idealkonk. mit vorsätzl. Körperverltzg. stattfinden; so Binding Hb. 1 365 N. 5, während er Lb. 1 775, 780 dafür erachtet, daß die Körperverltzg., soweit sie im tätl. Angriff aufgehe, vom Widerstd. konsumiert werde, dann aber, wenn man nicht Angriffe auf Beamte begünstigen wolle, der Grundsatz der Alternativität (§ 73 N. 15) durchzuführen sei; ferner so Meves N. 8, jedoch abweichend § 223 N. 9 u. HH. 4 312, weil der Widerstd. gegen die Staatsgewalt begrifflich Körperverltzg. verlange; ebenso, jedoch nur betreffs der leichtesten Körperverletzungen, v. Streit Widersetzung S. 51;

c. beim Verbr. aus § 118; Idealkonk. ist denkbar; § 118 N. 5;

d. bei den Verbr. aus §§ 176¹, 177, insofern sie „mit Gewalt" oder „durch Gewalt", verübt an einer Frauensperson, begangen werden; der Tatbestand dieser strafb. Hdlgen umfaßt zwar in seiner Vollendung notwendig den Tatbestand einer „körperl. Mißhandlung", nicht aber den einer „Beschädigung an der Gesundheit"; somit ist der Tatbestand der Verbr. aus §§ 176¹, 177 nur gegenüber jener, nicht aber gegenüber dieser Art der Körperverltzg. der speziellere (vgl. § 73 N. 12b), und kann deshalb zwar nicht mit jener, wohl aber mit dieser Idealkonk. stattfinden; vgl. Meves N. 9; dagegen nimmt Habermaas Idealkonk. S. 56 unbeschränkt Idealkonk. mit vorsätzl. (o. fahrl.) Körperverltzg. an;

e. bei der qualifizierten „mittels einer Tätlichkeit begangenen Beleidigung" aus § 185 (das. N. 9); mittels der gegen den Körper eines anderen gerichteten „Tätlichkeit" kann jedenfalls eine Körperverltzg. verübt werden, so daß, da der Dolus beider Verg. nicht ein solcher ist, daß der eine den anderen ausschließt, Idealkonk. zwischen beiden Delikten denkbar ist; sie findet aber nur dann statt, wenn außer dem objektiven Tatbestande der Dolus beider Delikte vorliegt; deshalb ist sie ausgeschlossen einerseits, falls der Täter, der beleidigen wollte, sich nicht bewußt war, daß die Hdlg., z. B. ein Anspeien o. eine gelinde Ohrfeige, gleichzeitig objektiv eine Körperverltzg., andererseits, falls er sich nicht bewußt war, daß die verübte Mißhdlg. zugleich objektiv eine Ehrenkränkung enthalte; so im wesentlichen die GM., insbs.: RG. III 29. Nov. 00 G. 47 447, Dresden 20. Okt. 71 St. 1 117; jetzt auch Oppenh.-D. N. 17; abweichender Ansicht Rüd.-St. § 185 N. 12 insofern, als er behauptet, der Dolus der Realinjurie umfasse, wenn die Tätlichkeit objektiv den Voraussetzungen der Körperverltzg. entspreche, „tatsächlich" den der Körperverltzg.; nach Merkel S. 291, 297 sollen tätl. Beleidiggen, obgleich sie in der Regel die Merkmale einer Mißhdlg. enthalten, insoweit als das ideelle Moment der Beleidgg. als das überwiegende erscheine, bei der Körperverltzg. ausscheiden; ähnlich Binding Lb. 1 43; vgl. übrigens § 230 N. 5₁;

f. bei dem Zweikampfe aus § 205; er schließt die vorsätzliche Körperverltzg. in sich, so daß Idealkonk. nicht stattfindet; das. N. 2;

g. bei den vorsätzl. Tötungsdelikten aus §§ 211 ff.; der Tötungsvorsatz (§ 211 N. 3) schließt den der Körperverltzg. (N. 13) notwendig ein, da eine Tötung anders wie durch Gesundheitsbeschädgg. undenkbar ist; alle Körperverltzgen behufs Tötung fallen deshalb allein unter das Tötungsverbot; die Norm wider Gesundheitsbeschädgg. ergreift deshalb nur den Rest der Gesundheitsbeschädggen, die Verletzungen der Gesundheit als solche (Binding Hb. 1 358 u. Normen 2 517, v. Wächter S. 340); Idealkonk. ist daher an sich für ausgeschlossen zu erachten; so: Berner S. 157, Schütze S. 395 N. 4, Meves N. 10, Oppenh.-D. N. 21, Thomsen Versuch S. 15, Schlecht ZStrW. 19 852; auch Berlin 14. Dez. 76 O. 17 824 (freilich aus dem Grunde, weil der Dolus beider Delikte sich ausschließe); ebenso, wie dieses Thomsen GS. 30 99, während Habermaas Idealkonk. S. 40 die Möglichkeit einer Idealkonk. bejaht. Richtig erscheint dies jedoch nur für den Fall, daß ein direkter Tötungs-

u. ein indirekter Körperverlztgsvorsatz vorliegt (o. auch umgekehrt); denn jemand kann sehr wohl an erster Stelle töten, ev. aber durch eine (schwere) Körperverlzg. unschädlich machen wollen (vgl. btr. der ähnlich liegenden Frage wg. Idealkonk. von vorsätzl. Tötung o. Körperverlzg. mit Aussetzung § 221 N. 13a); so auch Berlin 22. Juni 75 O. **16** 481 u. Frank § 46 N. IV, der die zutreffende Folgerung zieht, daß beim Rücktritt vom Mordversuch Bestrafung wg. Körperverlzg. nur möglich sei, wenn der Dolus des Täters wenigstens ev. auf letzteren gerichtet war; vgl. § 46 N. 3;

h. bei der Aussetzung aus § 221; vgl. das. N. 13a;

i. bei den aus §§ 239, 240 strafb. Hdlgen; vgl. §§ 239 N. 12, 240 N. 14c;

k. beim Diebstahl aus § 242; vgl. das. N. 37d sowie o. N. 6b;

l. bei den aus §§ 249, 253 strafb. Hdlgen; vgl. §§ 249 N. 10a, 251 N. 8, 253 N. 14_3, 255 N. 2_2;

m. bei der seitens eines Beamten verübten Körperverlzg. aus § 340; vgl. das. N. 6.

Leichte vorsätzliche Körperverletzung. N. 18—20.

18) Die aus § 223 strafb. Körperverlzg. heißt technisch „leichte vorsätzliche Körperverletzung" (§ 232) und zerfällt in die einfache (Abs. 1) und in die qualifizierte (Abs. 2), indem die Begehung der Hdlg. gegen „Verwandte aufsteigender Linie" (§ 52 N. 18) einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet (vgl. Abschn. 17 N. 2).

Die Anwendung des Abs. 2 ist nur begründet, wenn der Täter den Verletzten als Verwandten gekannt bzw. erkannt hat (§ 59); so die GM.

19) Bei Idealkonk. mit § 113 (o. N. 17b) ist die Strafe aus § 223, als dem mit Rücksicht auf den zulässigen Höchstbetrag der Gefängnisstrafe schwereren Strafgesetze (§ 73 N. 29 Ia), zu bemessen. Wegen Idealkonk. mit § 240 vgl. das. N. 14c, mit § 289 das. N. 15a.

Wegen des Verhältnisses des § 223 zum § 227 vgl. das. N. 14, zum § 230 vgl. § 73 N. 17_2, sowie wegen desjenigen zum § 340 das. N. 6a, b.

Über die Fortsetzung einer einf. Körperverlzg. als gefährl. vgl. § 223a N. 13.

20) Die Strafe des einfachen Verg. (Abs. 1) ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—3 J. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—1000 M. (§ 27), die ordentliche Strafe des qualifizierten Verg. (Abs. 2) Gefängnis von 1 Mt.—5 J. (§ 16); wg. mild. Umst. vgl. § 228.

Wegen Buße, Strafantrag u. Aufrechnung vgl. §§ 231—233.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Wegen Zuständigkeit vgl. § 232 N. 6.

§. 223 a.

Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, oder mittels eines hinterlistigen Ueberfalls, oder von Mehreren gemeinschaftlich, oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter zwei Monaten ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt).

Entw. d. StGN. Art. I § 223 Abs. 3. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 150. StB. 1875/76 S. 801—805.

Vgl. § 228 sowie MStGO. § 63[1].

1) Wegen der vorsätzlichen Körperverletzungen im allgemeinen vgl. § 223 N. 1—17.

2) Die aus § 223a strafb. Körperverlzg. ist lediglich eine schwerere Qualifikation derjenigen aus § 223; RG. I 5. Feb. 80, 2. Nov. 82, E. **1** 188, **7** 199. Es konnte deshalb im § 223a mittels der Worte „die Körperverletzung" eine Bezugnahme auf den Tatbestand des § 223 stattfinden; v. Buri GS. **34** 353. Der i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. ist die Gefährlichkeit der Hdlg., die entweder in dem Mittel, dessen der Täter sich bedient, oder in der Begehungsart gefunden wird; in letzterer Beziehung hebt das Gesetz drei verschiedene Momente hervor: einen hinterlistigen Überfall, eine gemeinschaftliche Begehung und eine das Leben gefährdende Behandlung. Man bezeichnet die Körperverlzg. aus § 223a deshalb meist (vgl. auch das zit. RG. E. **7** 199) als gefährliche, ohne daß das Gesetz selbst dieser Benennung sich bediente. Darüber, daß die StGN. durch

Aufstellung des Gesichtspunktes der Gefährlichkeit das frühere Einteilungsprinzip verlassen hat, vgl. Abschn. 17 N. 2, 3.

3a) Was zunächst die Körperverlżg. „mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder anderen gefährlichen Werkzeuges", anbetrifft (N. 3—6), so beruht diese im § 367[10] wiederkehrende Wendung auf einem Beschlusse der RKommission; so unlogisch (Berner S. 532 N. 1) oder wenigstens vom gemeinen Sprachgebrauche abweichend jene Ausdrucksweise ist, da nach jenem „Waffe" als Spezies unter den weiteren Begriff der gefährl. Werkzeuge fällt, so beweist doch nicht nur die gewählte Interpunktion — das Fehlen eines Kommas hinter dem Worte „Messer" (so Meves N. 3) — sondern namentl. die von dem Abg. v. Schwarze, als Berichterstatter, abgegebene Erklärung (StB. 1875/76 S. 802), daß in der Tat i. S. des § 223a „Waffe" der weitere alle „gefährlichen Werkzeuge" umfassende Begriff sein soll; so die GM., insbs. RG. III 10. März 80, II 31. März 82, R. 1 442, 4 298; aM.: Hälschner 2 94, das gefährl. Werkzeug sei der allgemeinere Begriff und daher seine Begriffsbestimmung von entscheidender Bedeutung, Merkel HH. 4 408, es liege eine „redaktionelle Nachlässigkeit" vor und sei hier der Begriff „Waffe" lediglich mit dem des gefährlichen Werkzeuges gleichzustellen; andererseits aber Bernau Gefährl. Werkzeug S. 31, der Begriff „Waffe" in seiner engeren techn. Bedeutung solle für das gef. Werkzeug nicht mehr in Betracht kommen, weshalb man zu einem Begriff des gef. Werkzeuges i. engeren S. des § 223a gelange.

b) „Mittels einer Waffe &c." wird übrigens eine Körperverlżg. nicht nur dann verursacht, wenn die Waffe an den Körper des zu Verletzenden hingeführt wird, sondern auch dann, wenn umgekehrt der zu Verletzende durch Stoßen &c. gegen das Werkzeug in Bewegung gesetzt wird; so das § 117 N. 2a zit. RG. E. 24 372; aM.: v. Liszt S. 318, Frank N. II 1, der Gegenstd. müsse als Mittel menschl. Kraftübertragung verwendet, also durch menschl. Körperkraft in Bewegung gesetzt werden.

4) Aus dem in N. 3 Bemerkten folgt von selbst, wie auch die GM., insbs. RG. I 22. Nov. 88 R. 10 683 (gelegentlich), annimmt, daß bei den Worten „mittels einer Waffe" nicht die technische Bedeutung von „Waffe" in Betracht komme (vgl. deshalb § 127 N. 2a).

Nach v. Schwarze N. 2 (ebenso in der o. N. 3 erwähnten Erklärung als Referent), dem im wesentlichen Merkel HRl. „Körperverl.", Geyer HH. 4 371, Rubo N. 3 u. auch Berlin 22. Apr. 79 O. 20 220 sich angeschlossen haben, soll „jeder Gegenstand, mittels dessen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines anderen eine Verletzung desselben herbeigeführt werden kann", als Waffe anzusehen sein. Hiergegen spricht aber, wie v. Kries G. 25 35 richtig bemerkt, die Fassung des Gesetzes, die sonst eine viel kürzere hätte sein können und müssen; diese erfordert notwendig eine nähere Begrenzung des Begriffs, da anderenfalls jede Körperverlżg., die mittels irgendeines Gegenstandes, z. B. einer Stecknadel oder eines leichten Spazierstöckchens, zugefügt wäre, unter § 223a fallen würde, eine Annahme, die dem Gedanken, auf dem § 223a beruht, zweifellos widerstreitet; so auch Hälschner 2 94 N. 1 u. v. Buri GS. 34 347.

Zur Begriffsbestimmung darf der Erfolg der Körperverlżg. nicht herangezogen werden; auch dieses würde dem klaren gesetzgeberischen Gedanken widersprechen, der die erhöhte Strafbarkeit in der objektiven Gefährlichkeit der Hdlg. sah und nicht in ihren Folgen. Man muß deshalb nach einem allgemeinen objektiven Merkmal suchen und wird solches in Anbetracht davon, daß Waffe i. e. S. ein zum Angriffs- oder Verteidigungsmittel bei äußeren Kämpfen bestimmtes Werkzeug ist, darin finden dürfen, daß es ein objektiv geeignetes Angriffs- oder Verteidigungsmittel gegen Menschen sein müsse, d. h. ein solches Mittel (vgl. Berner S. 522 N. 1), das, zum Angriff auf oder zur Verteidigung gegen einen Menschen angewendet, geeignet ist, diesem durch mechanische Einwirkung eine nicht ganz unerhebliche Körperverlżg. beizubringen. So im wesentlichen: RG. III 10. März, 15. Mai 80, R. 1 442, 781, II 8. Juli 81, 31. März 82, E. 4 397, R. 4 298 (zur Zufügung von Verletzungen, bzw. von erheblichen Verletzungen, geeignetes Werkzeug, bzw. ein Werkzeug, das seiner gewöhnlichen Wirkung nach geeignet sei, die menschl. Gesundheit zu gefährden und erhebliche Körperverletzungen hervorzubringen), v. Liszt S. 318 (jedes

zur Zufügung von Verletzungen auf mechanischem Wege u. zwar in der im Einzelfall gewählten Anwendung geeignete Werkzeug), Merkel S. 298 u. HH. 4 408, H. Meyer S. 473, ähnlich v. Kries aO. S. 37 u. Rüd.-St. N. 2; dagegen begnügt Meves N. 3 sich damit, daß der Gegenstand gesundheits- oder lebensgefährliche bzw. erhebliche Verletzungen hervorrufen könne. Insbs. gegen die, auch vom RG. vertretene, Auffassung, daß die Waffe zur Zufügung erheblicher Körperverlzgen geeignet sein müsse, wendet sich Geyer 2 19, weil das ein „undefinierbarer Begriff" sei.

Hiernach können z. B. ein harter, scharfkantiger Stein, eine zerbrochene Literflache, ein zugeklapptes Messer nach ihrer objektiven Art u. Beschaffenheit als „Waffen" i. S. des § 223a angesehen werden; vgl. Berlin 20. Apr., Stuttgart 24. Jan., 27. Sept. 76, St. 7 108, 299, 105.

5) Es fragt sich, wann die speziellere Feststellung (N. 3) „insbesondere mittels eines gefährlichen Werkzeuges" getroffen werden dürfe; denn für die Anwendung des § 223a ist an sich stets die allgemeinere Feststellung des Gebrauchs einer „Waffe" (N. 4) ausreichend.

Für die Frage, wann ein „Werkzeug" (§ 117 N 12a) als ein „gefährliches" anzusehen sei, ist zunächst § 117 N. 12b zu vergleichen; im übrigen kommt die objektive Beschaffenheit des Werkzeuges in Betracht, nicht seine Anwendung im konkreten Falle; wollte man diese für Beantwortung der Frage maßgebend sein lassen, so würde man der gesetzgeberischen Absicht (N. 4) entgegen das Vorliegen der „Gefährlichkeit" im Grunde nur nach dem Erfolge beurteilen; so die GM., insbs.: RG. III 10. März, II 12. Nov. 80, 8. Juli 81, R. 1 442, 2 496, E. 4 397. Freilich muß berücksichtigt werden, wie die vom Täter im Einzelfall vorgenommene allgemeine Art der Benutzung des Werkzeuges war, z. B. ob ein Messer geöffnet oder zugeklappt, ob ein Gewehr zum Schießen oder Schlagen gebraucht wurde, denn die objektive Beschaffenheit des Werkzeuges ist je nach der einen oder anderen dieser Gebrauchsarten eine ganz verschiedene; so: zit. RG. E. 4 397, RMG. II 15. Apr. 03 E. 5 41, Binding Lb. 1 48, v. Liszt S. 318, Frank N. II 1, v. Rohland Gefahr S. 42 N. 1, sowie Geyer 2 19, der gegen die Ansicht sich wendet, daß es nur auf die objektive Beschaffenheit des Werkzeuges, garnicht aber auf die Art der Anwendung ankomme; vgl. auch Bernau Gefährl. Werkzeug S. 42 (für den Begriff des gf. W. sei nur die Beschaffenheit des W. und die Art seiner Anwendung zu berücksichtigen). Diese letztere Ansicht vertreten jedoch das zit. RG. R. 2 496 sowie Hälschner 2 95 (die Wirkung, die das btr. Werkzeug seiner Beschaffenheit nach in der Regel ausübe, sei das entscheidende Kriterium) u. v. Buri GS. 34 348 f. Hiervon abgesehen ist dagegen gleichgültig, wie das Werkzeug im Einzelfalle angewendet wurde, also z. B. beim Gebrauche eines zugeklappten Messers die Kraftanstrengung, mit der, bzw. die Körperteile des Verletzten, nach denen geschlagen wurde; aM.: RG. III 15. Mai 80 R. 1 781, Stuttgart 27. Sept. 76, 24. Jan. 77, St. 7 105, 299. Nur dann, wenn der Täter zur Begehung einer Körperverlzg. eines Werkzeuges derartig sich bedient und bedienen wollte, daß die „Gefährlichkeit" seiner Hdlg. durch den Gebrauch des Werkzeuges nicht vermehrt, sondern im Gegenteil vermindert wird, kann von dem Gebrauche eines „gefährlichen Werkzeuges" nicht gesprochen werden, mag auch das Werkzeug bei derselben Gebrauchsart unter anderen Umständen als ein gefährliches zu erachten sein, wie z. B. eine zum Schneiden gebrauchte Schere, die jedoch, wenn sie zum Abschneiden eines Zopfes gebraucht wurde (§ 223 N. 6b), keinesfalls ein „gefährliches" Werkzeug ist; Geyer HH. 4 373, H. Meyer S. 473.

Als ein „gefährliches Werkzeug" (über die Gleichheit des Begriffes im MStGB. § 97 vgl. RG. III 5. Apr. 94 E. 25 234) ist in der Praxis des RG. nach der objektiven Beschaffenheit des Gegenstandes mit Recht angesehen worden: ein Bierglas; III 10. März 80 R. 1 442; ein zugeklapptes Taschenmesser; III 15. Mai 80 R. 1 781; ein mit zwei eisernen Zähnen versehenes Ruder; II 12. Nov. 80 R. 2 496. Vgl. auch Mannheim 17. Feb. 77 St. 7 102, das einen angezogenen schweren, mit einer Doppelreihe von metallenen Kopfnägeln besetzten Stiefel, nicht etwa den so bekleideten Fuß (§ 117 N. 12a), als gef. W. erachtete.

Dagegen ist die Frage, abgesehen von dem Falle eines zum Hetzen verwendeten Hundes (§ 117 N. 12a), verneint worden bezüglich einer ätzenden (giftigen) Substanz, die einem anderen ins Gesicht gegossen wurde, und zwar aus dem zutreffenden Gesichtspunkte, daß sie nicht dem allgemeinen Begriffe der Waffe (N. 3) untergeordnet werden könne, weil es dabei nicht um eine durch mechanische, sondern durch chemische Einwirkung zugefügte Körperverltzg. sich handele; RG. II 31. März 82 R. 4 298, I 9. Juni 02 G. 49 274 (Bespritzen der Augen mit Wasser aus einer mit Trippergift behafteten Spritze). Andererseits bejahte die Frage RG. III 19. Feb. 91 G. 39 68 btr. der sog. Hitze (der beim Klopfen eines glühenden Stückes Eisen sich loslösenden glühenden Teilchen) wegen ihrer mechanischen Einwirkung.

6) Die Körperverltzg. „mittels eines Messers" wird durch die hieran sich anschließenden Worte „oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges" als eine solche mittels „gefährlichen Werkzeuges" charakterisiert. Da man aber ein Werkzeug nur, insofern es mit einer zum Schneiden bestimmten Klinge versehen ist, als „Messer" bezeichnet, so ergibt sich, daß ein zugeklapptes Messer, bei dem die Klinge gleichsam entfernt ist, als ein Messer im Gegensatz zu anderen gefährlichen Werkzeugen — und somit i. S. des § 223a — nicht anzusehen ist; damit wird aber seine Eigenschaft als „gefährliches Werkzeug" bzw. als „Waffe" i. S. des § 223a noch keineswegs verneint (N. 4_3, 5_3); so auch RG. IV 18. Juni 97 E. 30 176, das deshalb mit Recht die Anwendbarkeit des $§ 264_1$ StPO. bei Anklage wg. Körperverltzg. mittels Messers u. Verurtlg. wg. solcher mittels gef. Werkzeuges verneint.

7) Bei der Körperverletzung „mittels eines hinterlistigen Überfalles" ist unter „Überfall" ein für den Angegriffenen unvorhergesehener Angriff zu verstehen, dem sich zu entziehen oder gegen den Verteidigungsmaßregeln zu treffen jener der vorliegenden Überraschung wegen außerstande ist; RG. I 31. Mai 80 E. 2 74, Mannheim 10. März 77 St. 7 300, Berlin 24. Okt. 77 O. 18 663, Merkel S. 298, Meves N. 4. Die somit in jedem Überfalle liegende objektive Gefährlichkeit genügt aber in diesem Falle zur Anwendung des § 223a noch nicht, es wird vielmehr ferner erfordert, daß der Überfall ein „hinterlistiger" sei; dieses Wort substituierte, weil es bereits an anderen Stellen des StGB. gebraucht sei, die RKommission dem vom Entw. gebrauchten „heimtückisch"; so der Abg. v. Schwarze als Berichterstatter (StB. 1875/76 S. 802). „Hinterlistig" ist deshalb hier ebenso zu verstehen wie im § 181¹ (das. N. 2b). Demgemäß tritt zu der objektiven Gefährlichkeit der Tat noch „die besonders gefährlich geeigenschaftete subjektive Willensrichtung des Täters" hinzu; beide Momente finden sich namentl. bei dem sog. Auflauern, während ein infolge plötzlich gefaßten Entschlusses unmittelbar, wenn auch von hinten, erfolgender Angriff kein „hinterlistiger" Überfall ist; so namentl. die zitt. RG. u. Berlin, ferner: Geyer 2 19, Merkel aO., Frank N. II 2, v. Buri GS. 34 352; aM.: Hälschner 2 96, H. Meyer S. 473, v. Schwarze N. 3 („hinterlistig" bezeichne nur den Gegensatz zu „offen"; in der Eigenschaft des „unmittelbar von hinten aus erfolgenden Überfalls" liege das maßgebende Moment der obj. Gefährlichkeit, während die subj. Willensrichtung des Täters ein besonderes Moment nicht habe darbieten sollen).

8) Wegen der „von mehreren gemeinschaftlich begangenen" Körperverltzg. vgl. § 47 N. 1 u. 8. Wie der Berichterstatter Abg. v. Schwarze (StB. 1875/76 S. 802) hervorhob, haben dieser Wendung die §§ 119, 123_3 zum Vorbilde gedient; es handelt sich sonach, wie dort, um Mittäterschaft; so die GM., insbs. die § 47 N. 8 zitt. RG.; aM. v. Buri GS. 34 353, das Gesetz gebe nicht zu erkennen, daß die Gemeinschaftlichkeit im techn. S. des § 47 zu verstehen sei, gehe vielmehr von der Auffassung aus, daß, wie die Verletzung mittels Waffe, so auch die Verletzung mittels gemeinschaftl. Handelns als eine gefährl. Begehungsart des Delikts betrachtet werden solle. Daraus ist mit der GM. zu folgern, daß die Gehilfenschaft neben Einem Täter nicht genügt; aM. Hälschner 2 96. Auch im übrigen finden die Ausführungen in N. 26 zum § 123 entsprechende Anwendung, namentl. in der Beziehung, daß es einer vorherigen Verständigung nicht bedarf; so insbs. RG. III 8. Mai 80 R. 1 742, Dresden 26. Okt. 78 St. 8 167, Berlin 27. März, 27. Nov. 78, O. 19

174, 550, ferner das. zu a btr. der Beteiligung eines Geisteskranken; unbedingt hält Frank § 47 N. v die Alternative bei Beteiligung eines Geisteskranken für gegeben; dagegen jedoch Finger 1 342 N. 437. Ausgeschlossen ist die Alternative jedenfalls, wenn der einzige Mittäter wg. Notwehr (§ 53_1) gehandelt hat, dagegen findet sie Anwendung, wenn i. F. der Überschreitung der Notwehr (§ 53_2) Straflosigkeit eintritt; Dresden OLG. 13. Nov. 02 SächsA. 25 7.

Die Gleichzeitigkeit der einzelnen Mißhdlgen seitens der „mehreren" ist kein Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit, vielmehr ist eine von mehreren nach und nach verübte Mißhdlg. als eine gemeinschaftliche anzusehen, wenn die einzelnen Akte unmittelbar aufeinander folgen und jeder Täter wissentlich die Tat des andern fortsetzt, die Wirkungen der von diesem ausgegangenen Tätigkeit benutzend und verstärkend; RG. II 26. Sept. 82 R. 4 715. Wegen des Bewußtseins der Gemeinschaftlichkeit vgl. im übrigen N. 12 insbs. a.

Die Qualifikation liegt auch dann vor, wenn mehrere gemeinschaftlich nicht eine, sondern mehrere Personen mißhandeln (vgl. z. B. das § 47 N. 8 zit. RG. E. 5 306), woraus wiederum folgt, daß keineswegs jede der mißhandelten Personen von „mehreren" oder gar von allen Tätern gemißhandelt zu sein braucht; RG. I 10. Mai 86 R. 8 348. Deshalb kann Gemeinschaftlichkt. auch dann angenommen werden, wenn bei einem von mehreren im bewußten u. gewollten Zusammenwirken gg. andere gemachten Angriffe eine der letzteren durch die Tätlichkt. eines der Angreifer verletzt worden ist, ohne daß der Urheber der Verletzg. festgestellt werden kann; RG. IV 6. März 96 E. 28 245 (insbs. auch btr. § 224).

Eine ungerechtfertigte Beschränkung stellt Hälschner 2 97 auf, indem er ein „gleichzeitiges o. sukzessives bewußtes Handeln mehrerer" nicht hierher rechnet, wenn in concreto nicht ein die besondere Gefährlichkeit des Angriffs bedingendes Zusammenwirken der mehreren stattgefunden habe. Bei der „Gemeinschaftlichkeit der Begehung" in dem dargelegten S. nimmt das Gesetz ohne weiteres Gefährlichkeit der Begehungsart an (N. 2).

9) Was die Körperverlzg. „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" anbetrifft, so kann auch dieses Moment sowenig wie die „Gefährlichkeit" eines Werkzeuges (N. 5_2) nach dem Erfolge beurteilt werden, vielmehr ist die Art und Weise der Begehung, die „Behandlung", maßgebend; auch die objektiv leichteste Körperverlzg. kann mittels einer solchen Behandlung zugefügt worden sein; die Gefahr kann völlig vorübergegangen sein, so daß wahrnehmbare Spuren der Körperverlzg. an dem Verletzten überhaupt nicht zurückblieben; so die GM., insf.: RG. I 14. Juni 80, III 14. Juni 82, I 19. Jan. 84, E. 2 106, 6 396, 10 1, I 6. Dez. 86, IV 23. Sept. 87, R. 8 724, 9 464. Wie aber die „Gefährlichkeit" eines Werkzeuges nicht ohne jede Rücksicht auf die Art des gemachten Gebrauchs beurteilt werden kann, so noch weniger das Vorliegen der lebensgefährdenden Behandlung ohne Rücksicht auf die Person des Verletzten; das erkennen auch die o. zitt. RG. sowie I 14. Feb. 84 E. 10 100 an, ferner Frank N. II 4, während v. Buri GS. 34 354 auch hier lediglich eine abstrakte Beurteilung eintreten lassen will. Fraglich bleibt aber immer noch, ob durch die dem Verletzten zugefügte „Behandlung" sein Leben tatsächlich gefährdet (§ 52 N. 7), ob also die Lebensgefährdung im gegebenen Falle eingetreten gewesen sein muß, oder ob es genügt, daß die Behandlung geeignet war, eine solche Lebensgefahr herbeizuführen. Nach der Tendenz des § 223a erscheint die letztere Auffassung als die richtige; denn auch bei der ersteren würde, wenn schon nicht auf das schließliche Resultat der Mißhdlg., so doch auf den unmittelbaren „Erfolg" der Behandlung ein mit der Tendenz des Gesetzes nicht vereinbares Gewicht gelegt werden; so: Hälschner 2 97, Merkel S. 298, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 5, Rohland Gefahr S. 42; aM.: Binding Lb. 1 48, H. Meyer S. 474, Schütze Anh. S. 19 N. 5, Frank N. II 4, Meves N. 8, Oppenh.-D. N. 6. Im Einzelfalle hat RG. II 8. Apr. 84 R. 6 282 dafür erachtet, daß ein Stoß, durch den der Gestoßene ins Wasser fiel und leicht hätte ertrinken können, eine lebensgefährdende Behandlung darstellen könne. Das RG. hat im Grunde diese ganze Streitfrage für gegenstandslos erachtet, in der Annahme, daß durch die gegen einen Menschen angewendete Behandlung, die geeignet sei, sein Leben zu gefährden, selbstverständlich eben deshalb, weil die Hdlg. jene Eigenschaft habe, das Leben auch gefährdet werde; so zit. RG. R. 8 724 unter Bezugnahme auf die zitt. RG. E. 2 106, 6 396, 10 1, 100.

Da das Leben des Verletzten gefährdet sein muß, so ist § 223a nicht anwendbar, wenn durch die Mißhdlg. einer Schwangeren nur das Leben ihrer Leibesfrucht gefährdet wurde; Oppenh.-D. N. 6.

10) Die verschiedenen Straferhöhungsgründe können zum Teil oder sämtlich miteinander ideal zusammentreffen (§ 73 N. 21a), namentl. auch die Begehung „mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges“ und „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“; denn keiner dieser beiden Umstände schließt den anderen in sich, indem eine Waffe angewendet sein kann, ohne daß eine das Leben gefährdende Behandlung stattfand und umgekehrt; Mannheim 29. Sept. 77 St. 8 164, Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 9.

11) Eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) ist nur insoweit zulässig, als es um die Modalitäten sich handelt, ob die Körperverlzg. mittels „eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges“ (bzw. „einer anderen Waffe“) begangen sei, im übrigen aber ausgeschlossen, da verschiedene Tatbestände vorliegen, je nachdem der eine oder der andere straferh. Umst. angezeigt ist; Wertheimer Mischgesetze S. 48. Deshalb ist auch event. gemäß StPO. § 264, auf den veränderten rechtlichen Gesichtspunkt hinzuweisen; **RG.** III 15. Juni 85 E. **12** 379.

12) Der Dolus der gef. K. ist der in N. 13 zum § 223 charakterisierte einer jeden vorsätzlichen K.; die Fassung des § 223a deutet in keiner Weise an, daß die Straferhöhungsgründe etwas anderes sein sollten als bloße Strafbarkeitsmerkmale.

Daraus folgt aber noch nicht, daß der Tatbestand des § 223a nach subjektiver Richtung von dem des § 223 überhaupt sich nicht unterscheide (so jedoch **RG.** I 6. Dez. 86 R. **8** 724). Denn an sich greift § 59 (das. N. 5) auch bei bloßen Strafbarkeitsmerkmalen, nicht minder wie bei den Deliktsmerkmalen, Platz; demnach kann kein Zweifel sein, daß die Nichtanwendbarkeit des § 59 auf die straferh. Umst. des § 223a als eine Ausnahme von der Regel sich darstellen würde; als solche behandelt sie auch folgerichtig Lucas Subj. Verschuld. S. 27. Allein eine so wichtige Ausnahme kann durch eine Bezugnahme auf die Tendenz des Gesetzgebers, der durch § 223a — im Unterschiede von § 223 — lediglich die objektive Gefährlichkeit der Begehungsart des Deliktes der Körperverlzg. habe treffen wollen, nicht ausreichend begründet werden. Allerdings ist die „Gefährlichkeit“ der Hdlg. das gesetzgeberische Motiv gewesen, um die im § 223a bezeichneten Fälle der Körperverlzg. unter eine besondere Strafandrohung zu stellen und ihre Verfolgung vom Strafantrage nicht ferner abhängen zu lassen. Allein gerade deshalb, weil es hier, anders als in den §§ 224, 226, auf den Erfolg nicht ankommt, lag um so weniger Veranlassung vor, die Gefährlichkeit ohne jede Rücksicht auf das subjektive Moment beim Täter unter eine schwerere Strafandrohung zu stellen. Dazu kommt, daß die überwiegende Meinung (namentl. auch das **RG.**) das subjektive Moment bei der Körperverlzg. „mittels hinterlistigen Überfalles“ (N. 7) keineswegs außer Betracht läßt. Ebensowenig wird das subjektive Moment bei der „gemeinschaftl. Begehung einer Körperverletzg. durch mehrere“ (N. 8) außer acht gelassen, im Gegenteil fordert hier die GM. sogar Mittäterschaft i. S. des § 47; mit Recht bemerkt Lucas aO., daß von jenem Standpunkte aus auch bei der „Gemeinschaftlichkeit“ das Moment der Gefährlichkeit nur objektiv verlangt werden könne, und in der Tat hat v. Buri GS. **34** 353 mit der ihm eigenen Konsequenz den Satz aufgestellt, es sei zur Verantwortlichkeit aus § 223a das Bewußtsein der mehreren von der Gemeinschaftlichkeit ihres Handelns nicht erforderlich. Hiernach wird man annehmen müssen, daß der Täter, um aus § 223a strafbar zu werden, das Vorhandensein der die Erhöhung der Strafbarkeit aus § 223 begründenden Tatumstände i. S. des § 59 gekannt haben müsse. So: **RG.** III 29. Sept. 80, 12. März 88, E. **2** 278, **17** 279, Binding Lb. **1** 49, Hälschner **2** 95, 98, v. Liszt S. 318, Merkel S. 298, H. Meyer S. 475.

Wendet man den Grundsatz des § 59 auf den § 223a an, so ergibt sich namentl., daß der Täter sich bewußt gewesen sein muß:

a. der Gemeinschaftlichkeit der Begehung (§ 47 N. 7); die oben erwähnte v. Burische Ansicht geht danach entschieden zu weit; wer, trotz objektiv vorliegender „Gemeinschaftlichkeit“, des Bewußtseins davon entbehrte, kann aus § 223a nicht bestraft werden;

b. der Gefährlichkeit des Werkzeuges bzw. der lebensgefährdenden Behandlung. Hier gibt das zit. RG. E. 2 278 zu, daß der Täter „diejenigen Eigenschaften des Gegenstandes gekannt haben müsse, welche das Gericht zu der Annahme führen, daß derselbe ein gefährl. Werkzeug sei" (ähnlich RG. III 24. Sept. 94 E. 26 61), allein es wird bei vorliegender Kenntnis dieser Eigenschaften die Unterlassung der Subsumtion des Gegenstandes unter den Begriff eines gef. Werkzeuges mit Recht für unerheblich erachtet; ebenso Frank N. II 1 aE. u. Bernau Gefährl. Werkzeug S. 69. Ähnlich hat das zit. RG. E. 17 279 angenommen, daß die Umstände und Veranstaltungen, in denen objektiv die lebensgefährdende Behandlung gefunden wird, im Willen des Täters gelegen haben müssen, während die Qualifizierung der Behandlung seitens des Täters als einer lebensgefährdenden auch hier nicht gefordert wird; vgl. außer dem zit. RG. E. 2 278: I 14. Juni 80, 14. Feb. 84, 6. Dez. 86, E. 2 106, 10 100, R. 8 724; hier jedoch weitergehend (wie die früheren Aufl. d. Komm.) Frank N. II 4, der das Bewußtsein des Täters, daß er das Leben gefährde, verlangt.

13) Eine einfache Körperverltzg. (§ 223) kann als gefährliche sich fortsetzen (§ 73 N. 10 I b), in welchem Falle § 223a das allein anzuwendende Strafgesetz ist (§ 73 N. 12a), so daß die Verfolgung der Tat, auch insoweit sie nur aus einfachen Körperverltzgen besteht, durch einen Strafantrag nicht bedingt ist; RG. II 13. Mai 98 E. 31 150, Dresden (OLG.) 24. Apr. 02 SächsA. 23 399, Binding Lb. 1 49.

Wegen des Verhältnisses des § 223a zum § 226 vgl. das. N. 2, zum § 227 das. N. 14, wegen desjenigen zum § 340 das. N. 6b, zum § 367[10] das. N. b, d, zum MStGB. § 149 RG. I 20. Feb. 90 E. 20 308, RMG. I 14. Juli 02 E. 3 137 (sei eine „unter Mißbrauch einer Waffe" im milit. S. verübte K. aus § 223a — u. nicht aus MStGB. § 149 — strafbar, so könne auch der straferh. Umst. des MStGB. § 55² nicht eintreten) sowie Frank ZStrW. 12 287.

14) Die ordentliche Strafe ist Gefängnis von 2 Mt.—5 J. (§ 16); wegen mild. Umst. vgl. § 228.

Wegen Buße vgl. § 231.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73_1, 75[5].

§. 224.

Hat die Körperverletzung zur Folge, daß der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers, das Sehvermögen auf einem oder beiden Augen, das Gehör, die Sprache oder die Zeugungsfähigkeit verliert, oder in erheblicher Weise dauernd entstellt wird, oder in Siechthum, Lähmung oder Geisteskrankheit verfällt, so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängniß nicht unter Einem Jahre zu erkennen.

PrStGB. §§ 192a, 193. Entw. I § 198, II § 219. StB. S. 666 f.

Anl. 3 zu d. Motiven: Erörterung strafrechtlicher Fragen aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin; Abschn. Körperverletzungen.

Vgl. § 228.

Schwere Körperverletzungen. §§ 224—227, 229, 230. N. 1.

1) Der im StGB. wiederholt gebrauchte Ausdruck „schwere Körperverletzung" erhält im § 227_1 durch Verweisung auf den § 224 eine gesetzliche Erläuterung dahin, daß darunter die im § 224 bezeichneten Folgen verstanden werden sollen, mögen sie durch eine strafb. Hdlg. oder sonst verursacht sein (§§ 223 N. 7_3, 227 N. 6). Die verursachende strafb. Hdlg. kann verschiedenartig sein, so nach dem StGB. selbst eine Aussetzung (§ 221_3), eine vorsätzl. Körperverltzg. (§§ 224, 225), eine Vergiftung (§ 229_2), eine Freiheitsberaubung (§ 139_2), ein Raub (§ 251) oder ein gemeingefährliches Verbr. (§§ 315_2, 321_2); dazu tritt die Verursachung „durch eine Schlägerei oder einen von mehreren gemachten Angriff" (§ 227).

Der im § 227₁ nur für die Folge einer strafb. Hdlg. gebrauchte Ausdruck bezeichnet aber nach allgemeinem Sprachgebrauche auch gewisse strafb. Hdlgen selbst. Man bedient sich jenes Ausdruckes zunächst für diejenigen vorsätzlichen Körperverletzungen, welche eine der im § 224 bezeichneten Folgen haben; in diesem S. ist im StGB. selbst der § 340₂ zu verstehen; vorsätzl. Körperverletzungen, die nicht zu den „schweren" (§§ 224, 225) gehören, sind alsdann einerseits die „leichten" (§ 223) und „gefährlichen" (§ 223a), andererseits diejenigen mit tödlichem Erfolge (§ 226; vgl. Abschn. 17 N. 2, 3). Im weiteren S. umfaßt man übrigens mit der Bezeichnung „schwere Körperverletzungen" auch die Körperverlẞgen mit tödlichem Erfolge, so namentl. meist da, wo man von einer „Zweiteilung" der vorsätzl. Körperverlẞgen spricht, falls man nicht etwa dabei von den tödl. Körperverlẞgen als unstreitig überhaupt absieht; vgl. die Abgg. Lasker u. v. Schwarze StB. 1875/76 S. 390, 802. Das StGB. selbst gewährt aber einen Anhalt dafür, daß der Ausdruck „schwere Körperverlẞgen" nicht unbedingt bloß diejenigen vorsätzlichen, sondern unter Umständen auch diejenigen fahrlässigen Körperverlẞgen begreift, die eine der im § 224 bezeichneten Folgen haben; es spricht nämlich im § 233 von „leichten Körperverlẞgen", worunter vorsätzliche aus § 223 strafbare Körperverlẞgen und solche fahrlässige Körperverlẞgen zu verstehen sind, durch die eine der im § 224 bezeichneten Folgen nicht verursacht ist (§ 233 N. 1 b); den Gegensatz zu den leichten fahrl. Körperverlẞgen bilden auch nach der StGR. (Abschn. 17 N. 2) lediglich die schweren fahrl. Körperverlẞgen, d. h. diejenigen, die eine der im § 224 bezeichneten Folgen haben; ist sonach, wie aus dem Gegensatze sich ergibt, der Ausdruck „schwere fahrlässige" Körperverlẞg. technisch, so folgt daraus, daß der Ausdruck „schwere" Körperverlẞgen schlechthin je nach Lage der Sache nicht ausschließlich vorsätzliche, sondern unter Umständen sowohl vorsätzliche wie fahrlässige Körperverlẞgen bezeichnet, so z. B. in der StPO. § 255₁ (s. u. § 230 N. 1₂); vgl. im übrigen Binding Hb. I 366.

Schwere Körperverletzungen aus § 224 insbesondere. N. 2—16.

2) Wegen der vorsätzlichen Körperverletzungen im allgemeinen vgl. § 223 N. 1—15.

3) Die schwere Körperverletzung aus § 224 ist, gleich der gefährlichen aus § 223a (das. N. 2), ihrem Wesen nach eine schwerere Qualifikation der Körperverlẞg. aus § 223, weshalb auch hier lediglich eine Bezugnahme auf deren Tatbestand stattgefunden hat. Der straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 ist der Eintritt einer der im § 224 bezeichneten Folgen.

Als „schwere Folge" oder „schwere Körperverlẞg." im objektiven S. (N. 1₁) werden angesehen einmal gewisse partielle Verluste (und zwar bestimmter Glieder und Fähigkeiten) und Verletzungen (Entstellung), dann aber gewisse den Gesamtorganismus des Menschen erfassende Gesundheitsbeschädigungen (Siechtum, Lähmung, Geisteskrankheit); vgl. RG. III 1., I 23. Feb. 82, E. 6 4, 65.

4) Der „Verlust" eines wichtigen Gliedes oder gewisser Fähigkeiten ist zunächst, dem allgemeinen Sprachgebrauche entsprechend, nur dann anzunehmen, wenn das Glied vom Körper gänzlich abgetrennt bzw. wenn die Fähigkeit völlig aufgehoben ist. Deshalb fällt eine bloße Verstümmelung oder aber eine bloße Unfähigkeit zum Gebrauch des Gliedes bzw. eine Beeinträchtigung dieser Fähigkeit (s. jedoch N. 6a—c), namentlich infolge von Lähmung, nicht unter § 224; so: RG. I 15. Nov. 80, III 1. Feb. 82, E. 3 33, 6 4, Binding Lb. 1 49, Hälschner 2 99 f., v. Liszt S. 318, Merkel HRL. „Körperverl.", H. Meyer S. 474, Frank N. II 1, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 4; aM.: Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 2.

Entscheidend für die Frage, ob ein „Verlust" der bezeichneten Art vorliegt, ist die Zeit der Aburteilung der Tat. Insoweit ein eingetretener Verlust seiner Natur nach wieder aufgehoben werden kann — wie z. B. der Verlust der Sehkraft durch eine Operation —, ist es daher nicht richtig, daß es lediglich um einen für Lebenszeit eingetretenen Verlust sich handele (so jedoch Merkel aO.); auf die bloße Möglichkeit, einen Verlust wieder zu heben, ist aber bei der Feststellung des Tatbestandes nicht zu rücksichtigen, schon deshalb nicht, weil es nur auf den gegenwärtigen Zustand ankommt, und ganz abgesehen davon,

daß der Verletzte nicht genötigt werden kann, der erforderlichen Operation sich zu unterwerfen; **RG.** II 6. März 95 **E. 27** 80, Binding aO.

5) Den „**Verlust eines wichtigen Gliedes des Körpers**" btr., so bezeichnet zunächst „**Glied**" i. e. S. jeden Körperteil, der mit einem anderen durch Gelenke verbunden ist; **RG.** II 9. Juni 82 **E. 6** 346. Im w. S. wird aber unter „Glied" zu verstehen sein ein solcher Körperteil, der eine in sich abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus hat; **RG.** I 3. (7.?) März 81 **E. 3** 391, das deshalb mit Recht eine mit Substanzverlust verbundene Verletzung der Schädeldecke nicht als Verlust eines Gliedes erachtet. Die inneren Organe, selbst soweit man ohne sie leben kann, sind hiernach keine Glieder, da sie zum Rumpf gehören, der den Gegensatz zu den „Gliedern" bildet.

Welche Glieder als „**wichtige**" anzusehen seien, ist objektiv zu beurteilen, nicht nach der Individualität des Verletzten; das Gesetz bringt das Adjektiv „wichtig" mit der Person des Verletzten in keine Verbindung; man wird deshalb, da diese Beziehung auch nicht durch die Natur der Sache verlangt wird, nach dem Grundsatze in dubio mitius den objektiven Standpunkt einzunehmen haben, ohne Rücksicht auf die im Einzelfalle durch den Verlust herbeigeführten Folgen, da anderenfalls die Verantwortlichkeit des Täters zweifellos eine gesteigerte sein würde; so: **RG.** II 9. Juni 81 **E. 6** 346, I 15. März 00, 8. Dez. 04, **G. 47** 168, **52** 91, Hälschner **2** 100, Frank N. II 1; aM.: Binding Lb. **1** 49, Finger KrV IJSchr. **43** 436. Aber auch vom objektiven Standpunkte aus ist die Bestimmung, welche Glieder i. S. des § 224 „wichtige" seien, schwierig, weil das Gesetz in keiner Weise andeutet, in welcher Beziehung das Glied wichtig sein müsse; vgl. Liman HH. **3** 478 u. Rubo N. 4. Mit Recht hat man, da eine bestimmte Beziehung nicht ersichtlich ist, durchweg allgemeine Gesichtspunkte aufgestellt (vgl.: Hälschner **2** 100, v. Liszt S. 318, im Verhältnis zum Gesamtorganismus wichtig), allein dabei teils nur auf das leibliche Wohl (das „organische Leben"; Berner S. 530) gerücksichtigt, während auch die Stellung in Betracht zu ziehen ist, die jedem Menschen als Mitglied der Gesamtheit zukommt. Nach v. Schwarze N. 2 soll die Entscheidung „nach den allgemeinen medizinischen Ansichten" getroffen werden; allein die Medizin sieht jedes Glied für „wichtig" an, ein Standpunkt, den mit Rücksicht auf die obige Definition des Begriffes „Glied" in Wahrheit auch Merkel HRl. „Körperverl." einnimmt, wenn er als ein wichtiges Glied einen solchen Körperteil erklärt, „welcher zu einer selbständigen Funktion bestimmt, am Leben des Organismus teilnimmt". **RG.** II 9. Juni 82 **E. 6** 346, III 4. Juni 83 **R. 5** 403 haben den Verlust der beiden ersten Glieder eines Fingers, bzw., selbst des rechten Zeigefingers, nicht als unter § 224 fallend erachtet; vgl. ferner die zitt. **RG. G. 47** 168, **52** 91, btr. Verlust des Mittelfingers der linken Hand (und bzw. eines Teils des Mittelhandknochens u. einer Mittelhandsehne), wo die Annahme des § 224 nicht dem Gesetze entsprechend für begründet erachtet wurde.

6) Verlust des „**Sehvermögens auf einem oder beiden Augen, des Gehörs, der Sprache oder der Zeugungsfähigkeit**".

a) „**Sehvermögen**" ist die körperliche Fähigkeit, äußere Gegenstände durch das Organ des Auges wahrzunehmen; demnach erfordert der Verlust des Sehvermögens zwar die Unfähigkeit, Gegenstände als solche zu erkennen, nicht aber den Ausschluß jeder Empfindung für Lichteindrücke (Unterscheidung von Licht und Dunkelheit); **RG.** I 25. März, IV 4. Mai 86, **E. 14** 4, 118, Berlin 7. Mai 74 St. **4** 44, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 5. Die Untauglichkeit des Auges zu praktischer Arbeit kommt nicht in Betracht; zit. **RG. E. 14** 118.

b) „**Gehör**" ist die Fähigkeit, artikulierte Laute durch das Organ des Ohres zu unterscheiden; der Verlust des Gehörs bedingt demgemäß das Unvermögen, artikulierte Laute zu unterscheiden, nicht aber die Unfähigkeit, irgendwelche Töne zu vernehmen; Merkel HRl. „Körperverl.". Übrigens muß der Verlust des Gehörs ausweislich des Gegensatzes zu den Worten „Sehvermögen auf einem oder beiden Augen" auf **beiden** Ohren vorliegen; zur Bestrafung aus § 224 ist deshalb erforderlich, daß die Körperverltzg. den Verlust des Gehörs auf beiden Ohren zur Folge hatte, es sei denn, daß der Verletzte auf einem Ohr bereits taub war; Binding Lb. **1** 49, Geyer HH. **3** 538, Hälschner **2** 100, v. Liszt S. 318, H. Meyer S. 474, Rubo N. 6, v. Schwarze N. 4.

c) „Sprache" ist die Fähigkeit zum artikulierten Reden; demnach muß beim Verlust der Sprache Unfähigkeit, durch artikulierte Laute sich verständlich zu machen, vorliegen, nicht aber wird sog. Stimmlosigkeit erfordert; Berner S. 530, Binding aO., Liman, Geyer HH. 3 480, 538, Rubo N. 7.

d) „Zeugungsfähigkeit" ist gleichbedeutend mit Fortpflanzungsfähigkeit, speziell bei Frauen mit Gebärfähigkeit; somit kann Verlust der Zeugungsfähigkeit trotz fortdauernden Vermögens zur Beischlafsvollziehung vorliegen; v. Liszt S. 318.

7) Die „dauernde Entstellung in erheblicher Weise" btr., so bedingt das Erfordernis der „Entstellung" die Feststellung einer wesentlichen, die äußere Gesamterscheinung des Menschen ergreifenden Veränderung; sie braucht nicht notwendig den ganzen Körper des Menschen unmittelbar zu erfassen, sondern wird auch durch die Verunstaltung einzelner Körperteile bedingt. Hieraus erhellt, daß das Urteil über das Vorliegen einer Entstelluug nur auf Grund einer Vergleichung der früheren äußeren Erscheinung jemandes mit seiner späteren Erscheinung gewonnen werden kann, da anders die vorgegangene Veränderung sich nicht feststellen läßt; v. Schwarze N. 7. Immerhin aber muß die Entstellung „den Menschen als solchen" betreffen, so daß der Beruf der verletzten Person, z. B. als Sängerin, außer Betracht bleiben muß; H. Meyer S. 474. In einer bloßen Verminderung der Schönheit kann deshalb keine Entstellung gefunden werden (Binding Lb. I 49, v. Schwarze N. 7), andererseits aber geht Rubo N. 8 zu weit, wenn er nur den entstellt nennt, „der in seiner äußeren Erscheinung häßlicher und dadurch unkenntlich geworden ist". Obgleich die Frage, ob eine Entstellung verursacht sei, nach Maßgabe des Anblicks zu entscheiden ist, den der Verletzte gewährt, so ist doch nicht jede Zerstörung o. Beschädigung menschlicher Körperteile, welche die äußere Erscheinung der btr. Persönlichkeit vom Standpunkte des Schönheitsgefühles durch Erregung eines selbst widerwärtigen Eindrucks beeinträchtigt, schon deshalb eine „Entstellung"; hierfür fällt vielmehr mitentscheidend ins Gewicht, ob der verletzte Körperteil nach den natürlichen und sozialen Lebensverhältnissen des Verletzten Dritten gegenüber derart bedeckt zu werden pflegt, daß der Mangel als „erhebliche Entstellung" nur unter besonderen Umständen nach außen erkennbar und als solche empfunden wird; dagegen reicht das Verbergen des Defektes, namentlich durch künstliche Hilfsmittel (Perücke, falsche Zähne, Glasauge), für sich allein nicht aus, das Begriffsmerkmal zu beseitigen, da es dann seine objektive Bedeutung völlig verlieren würde; so RG. II 1. Okt. 86 E. 14 344, auch: v. Liszt S. 319 (eine die äußere Gesamterscheinung verändernde, aber nicht notwendig auffallende Verunstaltung), v. Schwarze N. 7; im wesentlichen auch Geyer HH. 3 542; weiter geht H. Meyer S. 474 (auch eine solche, die durch die Kleidung sich verbergen lasse) sowie Liman 3 481 u. Rüd.-St. N. 7, die eine erhebliche Entstellung mit einer auffallenden gleichstellen. Im übrigen ist es wesentlich Tatfrage, ob eine erhebliche Verletzung vorliege; so das N. 5 zit. RG. E. 3 391; ferner Dresden 9. Dez. 72 St. 2 278.

Die erhebliche Entstellung muß endlich eine „dauernde" sein; daß sie zeitlebens dauern müsse, sagt das Gesetz nicht, man wird deshalb schon eine solche Entstellung als dauernd ansehen müssen, deren Ende im voraus sich nicht bestimmen läßt; Oppenh.-D. N. 5, Rubo N. 9.

8) Beim „Verfallen in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit" deutet nicht nur die augenscheinliche Gegenüberstellung dieser Gesundheitsbeschädiggen und der übrigen im § 224 bezeichneten schweren Folgen (N. 3), sondern namentl. auch der Ausdruck „Verfallen" selbst an, daß mit jener Wendung solche Folgen bezeichnet werden, die den gesamten Organismus des Menschen in erheblicher Weise beeinträchtigen; es gilt dieses nicht nur von Siechtum (N. 9a) und Geisteskrankheit (N. 9c), sondern ebenso auch von Lähmung (N. 9b); denn der Gesetzgeber würde anderenfalls entweder neben dem „Verlust" eines wichtigen Gliedes die darunter nicht begriffene „Lähmung" eines solchen (N. 4) erwähnt, oder statt „Verfallen in Lähmung" gesagt haben „Leiden an Lähmung"; RG. III 1., II 23. Feb. 82, E. 6 4, 65, I 25. Sept. 84 R. 6 565, Dresden 2. Okt. 74 St. 5 69, v. Hölder GS. 28 466, Oppenh.-D. N. 8a, Rubo N. 11, v. Schwarze N. 1, 10.

In gleicher Weise liegt in dem Ausdruck „Verfallen", daß es um (zur Zeit der Aburteilung) noch nicht abgeschlossene, d. h. um solche Krankheitszustände sich handelt, bezüglich derer, wenn nicht die Heilung unbedingt als ausgeschlossen zu erachten ist, nicht mit einiger Sicherheit sich sagen läßt, ob sie überhaupt jemals beseitigt werden können, und ev. in welcher Frist dieser Fall eintreten werde (vgl. u. N. 9a, b, c); v. Hölder aO., v. Schwarze N. 1.

9) „Verfallen in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit".

a) „Siechtum" ist nach einem Gutachten der PrWissenschaftl. Deputation für Medizinalwesen v. 16. Mai 77 (ZHannovR. **9** 284), auf deren Vorschlag jener Ausdruck Aufnahme gefunden hat, ein „langandauernder (chronischer) Krankheitszustand, der den ganzen Menschen in gewissem Grade schwer benachteiligt"; für die Frage nach dem Vorliegen einer solchen schweren Krankheit sei in erster Reihe maßgebend, „ob durch dieselbe die Arbeits- u. Erwerbsfähigkeit des mit ihr Behafteten oder, falls von einer solchen nicht die Rede, dessen allgemeine Leistungsfähigkeit in erheblicher Weise beeinträchtigt sei"; Unheilbarkeit liege nicht im Wesen des Siechtums; ein bestimmtes Zeitmaß für eine minimale Dauer lasse sich nicht angeben, doch werde man den Begriff beschränken müssen „auf diejenigen schweren chronischen Krankheitszustände, hinsichtlich derer, wenn sie nicht überhaupt für unheilbar erklärt werden könnten, doch nicht auch nur mit einiger Sicherheit sich vorhersagen lasse, ob dieselben überhaupt jemals würden beseitigt werden können, oder, wenn dieser günstige Fall eintreten sollte, in welcher Frist dies möglicherweise geschehen könnte". So auch **RG**. III 9. Apr. 85 E. **12** 127, II 13. Jan. 88 R. **10** 32; im wesentlichen stimmen hiermit ferner das KglSächsLMedizinalkolleg. (vgl. Dresden 25. März, 24. Mai 72, St. **1** 376, 375) u. v. Hölder GS. **28** 466 überein, von denen jenes nur einen höheren Grad der Gesundheitsschädigung als erforderlich ansieht wie dieser.

Daß der Zustand des Siechtums „an sich schon von längerer Dauer sei", heben auch die Motive gegenüber der von der PrWissenschaftlDeput. vorgeschlagenen Fassung „anhaltendes Siechtum" richtig hervor und begegnet nirgend einem Zweifel (N. 8). Andererseits tritt man aber der Ansicht der PrWissenschaftlDeputat., daß der Zustand nicht unheilbar zu sein brauche, fast allgemein bei; so: Dresden 24. Mai 72 St. **1** 375, Merkel HRL. „Körperverl.", Geyer HH. **3** 540, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 8; aM. Liman HH. **3** 481.

b) „Lähmung", gleichfalls zufolge Vorschlages der PrWissenschaftlDeput. aufgenommen, ist nach einem Gutachten v. 26. Juli 71 (VJSchr. f. gerichtl. Medizin NF. **16** 5) die „Unfähigkeit, einen bestimmten Bewegungsapparat des Körpers zu denjenigen Bewegungen zu gebrauchen, für welche er von Natur eingerichtet ist, gleichviel ob das Hindernis der Bewegung in einem Zentralorgan oder in einem peripherischen Teile des Körpers gelegen ist". Hiergegen ist eingewendet worden, daß die Medizin unter Lähmung nichts anderes als die aufgehobene Funktion der Bewegungs- oder Empfindungsnerven verstehe (Liman HH. **3** 477); insbs. hat deshalb das KglSächsLMedizinalkolleg. in dem oben unter a erwähnten Gutachten die Definition der WissenschaftlDeput. als „viel zu weit" getadelt und folgende entgegengestellt: „Lähmung sei diejenige Unfähigkeit oder auch nur Unvollkommenheit der Bewegung, welche in einer Funktionsstörung der zur Ausführung einer Bewegung nötigen aktiven Elemente des betreffenden Bewegungsapparates, mithin der Nerven und Muskeln, abhänge, während jene Bewegungshemmungen, welche von einer Erkrankung der passiven Teile (Knochen, Bänder, Gelenke) bedingt würden, an und für sich von dem Begriffe der Lähmung ausgeschlossen seien, wenn auch eine primäre Erkrankung dieser Gebilde nach und nach infolge Nichtgebrauchs der Muskeln und des hierdurch erzeugten Schwundes ihrer Substanz eine Lähmung nach sich ziehen könnte." Man wird in dieser Streitfrage für diejenige Ansicht sich entscheiden müssen, die den alltäglichen und nicht den medizinischen Begriff der Lähmung für maßgebend erachtet; denn da der straferhöh. Umst. lediglich der eingetretene Erfolg ist, so erscheint es gleichgültig, ob die Bewegungsunfähigkeit auf einer Verletzung der Nerven und Muskeln beruht, oder aber auf einer Narbenbildung, Kontraktur rc.; **RG**. I 8. Dez. 90 E. **21** 223, Berlin 15. Mai 74 O. **15** 311, Merkel HRL. „Körperverl.", Geyer HH. 3 433, Hälschner **2** 101; auch Dresden 2. Okt. 74 St. **5** 69 räumt ein, daß eine

„durch unheilbare Verwachsung der Flechsen, Sehnenscheiden und umliegenden Weichteile" herbeigeführte Steifheit eines Fingers einer „Lähmung" desselben gleichgeachtet werden könne. Übrigens wird nicht eine „totale Unbeweglichkeit", sondern nur eine „wesentliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit" erforderlich sein; denn auch dann liegt schon eine Unfähigkeit vor, den btr. Bewegungsapparat zu den naturgemäßen Bewegungen zu gebrauchen; so die GM., insbs.: zit. RG. E. 21 223, Berlin 15. Mai 74 O. 15 311. Hervorzuheben ist, daß nicht nur die Gliedmaßen des Körpers, sondern auch andere Körperteile, wie z. B. die Gesichts- und Augenmuskeln, die Schließmuskeln der Blase und des Mastdarms, gelähmt werden können; Liman HH. 3 482. Nach dem aber, was N. 8 über den Begriff des „Verfallens" bemerkt wurde, erfüllt die Lähmung eines einzelnen Körperteiles den Tatbestand des § 224 nicht, es sei denn, daß dadurch der gesamte Organismus des Verletzten erheblich beeinträchtigt würde; so: zit. RG. E. 21 223, Binding Lb. 1 49, v. Liszt S. 319, H. Meyer S. 475, sowie die N. 8_1 zitt. RG. E. 6 4, R. 6 565, es sei rechtsirrtümlich, ohne weiteres die Lähmung einiger Finger, die Steifheit eines Handgelenks, bzw. die Lähmung eines Armes ohne eingreifende Bewegungsstörungen für den Gesamtorganismus als „Lähmung" des ganzen Menschen zu qualifizieren. Meist erachtet man die Lähmung mindestens eines „wichtigen Gliedes" (N. 5) für ausreichend; so: Merkel aO., Geyer HH. 3 542, Rüd.-St. N. 9; auch Berlin 26. Sept. 72 G. 20 541 neigt zu dieser Annahme, die jedoch nur unter der bezeichneten Voraussetzung für richtig erachtet werden kann.

Auch bezüglich der Lähmung ist behauptet worden, daß sie begrifflich eine längere Dauer voraussetze (so Berlin 15. Mai 74 O. 15 311); es widerstreitet dem jedoch die Tatsache, daß viele Lähmungen nur von vorübergehender, von Hause aus absehbarer Zeit sind. Dennoch gehört zur Anwendung des § 224 mit Rücksicht auf den Ausdruck „verfallen in" (N. 8) eine längere Dauer der Lähmung; zit. RG. E. 21 223 (auch wg. der Gleichstellung der „Lähmung", ebenso wie des „Siechtums" u. der „Geisteskrankheit" mit dem „Verluste eines wichtigen Gliedes" o. der „dauernden Entstellung"), Rüd.-St. N. 9, v. Schwarze N. 10. Das Erfordernis der Unheilbarkeit wird aber hier, wie beim Siechtum, von der GM. verneint (z. B. von den zitt. RG. E. 21 123 u. Berlin) und zwar mit um so mehr Recht, als im Begriffe der Lähmung nicht einmal das Moment des Dauernden liegt.

c) „Geisteskrankheit"; darunter fallen nicht die § 51 N. 7b bezeichneten Bewußtlosigkeitszustände, einschließlich der Ohnmachten, momentanen Betäubungen 2c.; Hälschner 2 101, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 11. Im weiteren erhebt sich aber die Streitfrage, ob auch die Verursachung einer vorübergehenden Geisteskrankheit i. e. S. unter § 224 falle; nach dem N. 8 Bemerkten ist die Frage jedoch zu verneinen; so Herbst G. 26 29; aM.: Binding Lb. 1 49, Geyer HH. 3 536, Hälschner 2 101, H. Meyer S. 475 N. 19, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 11. Dagegen heben die beiden letzteren u. ebenso RG. I 29. Okt. 83 R. 5 649 mit Recht hervor, daß Unheilbarkeit nicht erfordert werde, während Herbst aO. zu der entgegengesetzten Ansicht neigt.

10) Ein Zusammentreffen mehrerer der im § 224 bezeichneten Folgen ist denkbar. Zweifel, ob die eine oder die andere der Folgen anzunehmen sei, sind gleichfalls denkbar, so z. B. ob Verlust eines wichtigen Gliedes o. Entstellung, ob Siechtum o. Lähmung vorliege; vgl. Dresden 25. März 72 St. 1 376. Demgemäß kommt auch hier in Frage, ob und inwieweit eine alternative Feststellung zulässig sei (§ 47 N. 29). Da die Hdlg. selbst völlig unberührt bleibt, mag man das herbeigeführte Resultat unter die eine oder die andere der im § 224 bezeichneten Folgen subsumieren, da ferner dieselbe Strafsanktion Anwendung zu finden hat, gleichviel welche der dort bezeichneten Folgen eintritt, so wird man für die Zulässigkeit einer alternativen Feststellung sich zu entscheiden haben; Ostern Alternativität S. 156, Wertheimer Mischgesetze S. 49.

11) Die Körperverlzg. muß einen oder mehrere (N. 10) der im § 224 bezeichneten straferhöh. Umst. „zur Folge" gehabt haben; es genügt daher nicht, wenn der Richter annimmt, daß die Folge künftig eintreten werde, da möglicherweise der als sicher vorausgesetzte Erfolg durch ein späteres Ereignis, z. B. den Tod des Verletzten, ausgeschlossen werden kann; RG. III 28. Sept. 81, I 25. März 86, E. 5 29, 14 4.

Der Gebrauch der Wendung „zur Folge haben" beruht hier, wie Rüd.-St. N. 3 bemerkt, auf „redaktionellen Rücksichten" und ist allgemeiner Annahme zufolge (aM. nur Thomsen Versuch S. 136) gleichbedeutend mit „verursachen"; vgl. deshalb T. I Abschn. 4 N. 3_2.

Verursachung liegt auch dann vor, wenn z. B. infolge der Körperverltzg. ein wichtiges Glied amputiert werden mußte, oder wenn die Körperverltzg. zunächst nur eine heftige Gemütsbewegung und erst infolge dieser bei vorliegender geistiger Belastung eine Geisteskrankheit bewirkte, denn zwischen direkter u. indirekter Verursachung besteht kein Unterschied; RG. IV 12. März 95 E. 27 93.

Da das Gesetz lediglich die Verursachung durch eine „Körperverletzung" verlangt, so muß auch die Herbeiführung einer der Folgen durch psychische Einwirkung (§ 223 N. 5 letzt. Abs.) genügen, soweit solches überhaupt denkbar, was bezüglich des „Verfallens in Geisteskrankheit" der Fall ist; so v. Schwarze S. 622 A. 7; aM.: Oppenh.-D. § 223 N. 19, Schmidt GS. 42 62.

Ist die Verursachung einer der Folgen durch die Körperverltzg. zu bejahen, so kommt es darauf nicht an, ob der Erfolg dem Täter als Fahrlässigkeit angerechnet werden kann; auch der nicht voraussehbare — also für den Täter zufällige — Erfolg bedingt die Anwendung des § 224 und die Nicht-Voraussehbarkeit ist nur bei der Strafzumessung zu berücksichtigen; so die GM., insbs. zit.: RG. E. 5 29, Berlin 8. Sept. 71, 1. Okt. 73, St. 1 84, O. 14 593; aM.: Berner S. 122, 533, Binding Hb. 1 366, Hälschner 1 327, 2 28, Schütze S. 396.

12) Für den Dolus kommt in Betracht, daß der Eintritt einer der im § 224 bezeichneten Folgen vom Täter nicht beabsichtigt sein darf, denn sonst würde § 225 Platz greifen. Ist sonach die schwere Körperverltzg. aus § 224 lediglich eine durch den Hinzutritt eines außerhalb des Wollens des Täters liegenden Umstandes qualifizierte Körperverltzg. aus § 223, so kann auch der Dolus kein anderer sein als bei der leichten vorsätzl. Körperverltzg. (§ 223 N. 13); so auch Binding Normen 2 518, der jedoch im Gegensatz zur GM. „auch bei der als solche unbeabsichtigten schweren Körperverltzg. die ganze Verletzung als vom Vorsatz umfaßt" erachtet; vgl. jedoch Normen 2 190 N. 255.

13) Ein Versuch des Verbr. ist nicht denkbar (§ 43 N. 5); RG. FS. 11. Aug. 83 E. 9 67.

Hinsichtlich der Teilnahme (T. I Abschn. 3) gelten die allgemeinen Grundsätze; vgl. insbs. wegen Mittäterschaft § 47 N. 11, 15, namentl. das das. zit. § 224 btr. RG. G. 50 398, wegen Anstiftung § 48 N. 17b.

14) Wegen Idealkonk. (§ 73) mit Hochverrat vgl. § 82 N. 6, wegen des Verhältnisses zum § 227 das. N. 14, zum § 229_2 das. N. 9b, zum § 340_2 das. N. 6a.

15) Die ordentliche Hauptstrafe ist wahlweise Zuchthaus von 1—10 (§ 14_2) oder Gefängnis von 1—5 J. (§ 16); neben Zuchth. kann nach § 32 BbER. erkannt werden, dagegen nicht neben Gef.; vgl. das. N. 6_2. Wg. mild. Umst. vgl. § 228, wg. Buße § 231.

16) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[2].

§. 225.

War eine der vorbezeichneten Folgen beabsichtigt und eingetreten, so ist auf Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren zu erkennen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 220.

1) Die schwere Körperverltzg. aus § 225 unterscheidet sich von der aus § 224 (das. N. 1, 12) lediglich dadurch, daß die eingetretenen Folgen „beabsichtigt" gewesen sein müssen; die auf Verursachung einer der im § 224 bezeichneten Folgen gerichtete Absicht ist sonach ein straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295. Demgemäß finden die N. 2—11 zum § 224 auch hier Anwendung, insbs. auch N. 10_2, indem Wertheimer Mischgesetze S. 49 nicht beigestimmt werden kann, daß hier mit Rücksicht der Beziehung des Vorsatzes auf die Folgen ein kumulativer Mischtatbestand vorliege.

2) Zufolge der vom Gesetze geforderten „Absicht" muß der Wille des Täters — in Abweichung von dem Dolus einer jeden vorsätzl. Körperverltzg. (§ 223 N. 13) — gerade auf die Herbeiführung einer der schweren Folgen gerichtet sein, so daß der eventuelle Dolus (§ 59 N. 6) insoweit für den Tatbestand des § 225 nicht ausreicht; so Frank N. 1; anders die GM., nach der Eventualdolus genügen soll, während v. Liszt S. 320 „beabsichtigt" mit „bezweckt" gleichstellt.

3) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar, und zwar auch ohne daß die Tätigkeit bis zur Vollendung einer einf. Körperverltzg. vorgeschritten sein muß; die Worte „und eingetreten" stehen nicht entgegen, da sie nur die Voraussetzung der vollendeten Straftat bezeichnen; der noch im Entw. I fehlende § 225 ist sogar anscheinend (vgl. Berner Kritik S. 55) dem Gedanken entsprungen, daß der Versuch einer schweren Körperverltzg. als solcher nicht straflos bleiben dürfe; so die GM., insbs. RG. FS. 11. Aug. 83 E. 9 67, III 4. Juni 91 S. 39 224; aM. Binding Lb. 1 17, 52, wer in der Absicht, schwer zu verletzen, leicht verletze, sei vollendeter einf. K. schuldig. Auf dem Boden der GM. steht auch Frank § 43 N. 3 a, b, der jedoch zu Unrecht (vgl. Finger 1 317 N. 404) das Delikt als ein durch den Erfolg qualifiziertes erachtet.

Versuch kann vorliegen, wenn entweder gar keine oder nur eine nicht schwere Körperverltzg. oder wenn eine andere schwere Folge, als beabsichtigt war (N. 2), eintrat.

4) Wegen Idealkonk. (§ 73) mit Hochverrat vgl. § 82 N. 6, wegen des Verhältnisses zum § 226 das. N. 2, zum § 229 das. N. 9b, zum § 251 das. N. 8, zum § 340, das. N. 6b.

5) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 2—10 J., neben dem nach § 32 AbGR. erkannt werden kann. Mild. Umst. sind infolge eines von Thomsen GS. 30 91 nachgewiesenen (übrigens durch die StGN. nicht verbesserten) Redaktionsfehlers nicht zugelassen worden.

Der Versuch (N. 3) wird nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

Wegen Buße vgl. § 231.

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

§. 226.

Ist durch die Körperverletzung der Tod des Verletzten verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder Gefängniß nicht unter drei Jahren zu erkennen.

PrStGB. § 194. Entw. I § 199, II § 221. StB. S. 667.
Vgl. § 228.

1) Die aus § 226 strafb. Körperverltzg. mit tödlichem Erfolge, im w. S. auch als „schwere Körperverltzg." bezeichnet (§ 224 N. 1), steht zum § 223 in demselben Verhältnis wie die schwere Körperverletzung aus § 224; der Tod des Verletzten als objektiver, vom Täter nicht beabsichtigter Erfolg (denn anderenfalls würde ein vorsätzl. Tötungsdelikt vorliegen) ist der straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, der die Qualifikation der Körperverltzg. aus § 223 ausmacht; so Berlin 23. Feb. 76 O. 17 132; aM. Thomsen Versuch S. 69 (145). Demgemäß ist wegen der vorsätzl. Körperverltzgen im allgemeinen zu vergleichen § 223 N. 1—17, während andererseits die N. 11—13 zum § 224 entsprechende Anwendung finden; dabei ist zu bemerken, daß § 226 des gewöhnlichen Ausdrucks „verursachen" statt des im § 224 gebrauchten „zur Folge haben" sich bedient; vgl. RG. III 28. Sept. 81 E. 5 29, II 20. Okt. 93 G. 41 391 (es werde deshalb nicht erfordert, daß der Täter den Tod des Verletzten als mögliche Folge der ihm zugefügten Verletzung habe voraussehen können).

2) Der Tatbestand des § 226, der die schwerste Körperverltzg. umfaßt, schließt alle Fälle der vorsätzl. Körperverltzg. in sich (so btr. des § 223a: RG. I 15. Dez. 94 E. 26 312), abgesehen von dem Tatbestande des § 225, mit dem § 226 in Idealkonk. (§ 73, insbs.

N. 21a) treten kann, weil jener einen auf Zufügung einer schweren Folge gerichteten Vorsatz verlangt; John G. 25 404. Die Strafe ist alsdann nach dem Grundsatze des § 73 zwar aus § 226 zu bemessen, jedoch ist nach der diesseits das. N. 34, 35b vertretenen Ansicht Gefängnisstr. — bei Annahme mild. Umst. (§ 228) o. ohne solche — unbedingt ausgeschlossen, da § 225 diese mildere Strafart nicht kennt (was in den früheren Aufl. übersehen wurde); so: Binding Lb. I 50, Frank N. 1, der jedoch übersieht, daß wg. fahrl. Tötung an sich auch ohne mild. Umst. auf Gef. erkannt werden kann.

Konsumiert wird durch § 226 der Konkurrenzfall der vorsätzl. Körperverltzg. in den Fällen der §§ 223, 223a, 224 mit der fahrl. Tötung (§ 222); so: Schütze S. 395 N. 4, 397, v. Wächter S. 345, Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 101 N. 2, sowie insbs. btr. § 223a f. d. Fall der K. mittels lebensgefährdender Behdlg. RG. IV 12. Juni 03 E. 36 277; aM.: Frank aO., Habermaas Idealkonk. S. 41.

Wegen des Verhältnisses zum § 227 vgl. das. N. 14, zum § 229$_2$ das. N. 9b, endlich zum § 340 das. N. 6c.

3) Für den Fall einer Mittäterschaft (§ 47) ist es ohne Belang, wer von den Mittätern den tödlichen Streich geführt hat; denn alle sind für den Tod als Erfolg der gemeinschaftl. Körperverltzg. verantwortlich; RG. I 11. Juni 03 G. 50 388 (der im schwurgerichtl. Verfahren bei der Bejahung der Frage btr. des einen Angekl. gemachte Zusatz, es sei nicht erwiesen, daß durch seine Hdlg. der Tod herbeigeführt worden, sei deshalb bedeutungslos).

4) Die ordentliche Hauptstrafe ist wahlweise Zuchthaus von 3—15 J. (§ 14$_2$) o. Gefängnis von 3—5 J. (§ 16); neben Zuchth. kann nach § 32 BbER. erkannt werden, dagegen nicht neben Gef.; vgl. das. N. 6$_2$. Wg. mild. Umst. vgl. § 228, wg. Buße § 231.

5) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_1$ in funfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 73$^{2-7}$, 136^{1}.

§. 227.

Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von Mehreren gemachten Angriff der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung (§. 224) verursacht worden, so ist Jeder, welcher sich an der Schlägerei oder dem Angriffe betheiligt hat, schon wegen dieser Betheiligung mit Gefängniß bis zu drei Jahren zu bestrafen, falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist.

Ist eine der vorbezeichneten Folgen mehreren Verletzungen zuzuschreiben, welche dieselbe nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben, so ist Jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

PrStGB. § 195. Entw. I § 200, II § 222. StB. S. 667 f., 1173.

Vgl. § 228.

1) Wegen der Entstehungsgeschichte der §§ 227, 367^{10} vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. des Komm.

Zu § 227. N. 2—21. Allgemeine Voraussetzungen. N. 2—6.

2) Die allg. Voraussetzungen des sog. Raufhandels sind: a. eine Schlägerei oder ein von mehreren gemachter Angriff, b. der dadurch verursachte Tod oder die schwere Körperverletzung eines Menschen.

3) „Schlägerei" bezeichnet einen in Tätlichkeiten, die als Körperverltzgen sich qualifizieren, ausgebrochenen Streit von mehr als zwei Personen; abgesehen davon, daß auch bei dem durch einen Angriff veranlaßten Raufhandel mindestens drei Personen beteiligt sein müssen (N. 4), so würde auch eine Sonderbestimmung, wie § 227 sie trifft, für den Fall, daß nur zwei Personen gegenseitig zu Körperverletzgen übergingen, keinen Zweck haben; so die GM., insbs. Berlin 7. Mai 74 St. 4 44. Übrigens kann ein wechselseitiger

Kampf mehrerer, auch wenn er auf einer Seite in berechtigter Abwehr geführt wird, unter den Begriff einer Schlägerei gebracht werden, was zur Folge hat, daß die Bestimmung über die verschuldete o. unverschuldete Beteiligung (N. 9) an Stelle derjenigen über Notwehr (N. 12) anzuwenden ist; RG. I 20. Feb. 99 E. 32 33.

4) „Ein von mehreren gemachter Angriff" kann nur als tätlicher Angriff in dem § 113 N. 25 erläuterten S. verstanden werden; so RG. II 21. Sept. 88 R. 10 505 (btr. § 367 [10]), bei Abgabe eines Schusses in die Luft ohne die Absicht, jemand zu verletzen, einen Angriff verneinend; aM. Meves HH. 4 313 (der tätl. Angriff im § 113 habe eine weitere u. umfassendere Bedeutung). Daß bereits seitens des Angreifenden ein körperliches Anfassen des Gegners stattgefunden habe, ist nicht unbedingt erforderlich (N. 8). Da der Angriff von „mehreren" (§ 47 N. 1) gemacht sein muß, so genügt es nicht, wenn Einer zwei andere angreift und diese sich wehren.

5) Ob eine Schlägerei bzw. ein Angriff im Falle einer Fortsetzung als eine Einheit anzusehen sei, ist wesentlich Tatfrage; so die GM., insbs. RG. III 27. Nov. 80 E. 3 240. Es kann jedoch bei der Beurteilung eines solchen Falles auch ein Rechtsirrtum unterlaufen; so würde es z. B. irrtümlich sein, die Einheit deshalb zu verneinen, weil die Tätigkeit der mehreren Angreifer keine gleichzeitige war, vielmehr die Mißhdlgen seitens dieser nacheinander zugefügt wurden; vgl.: Berlin 3. Nov. 75 St. 5 341, München KassH. 16. Jan. 75 E. 5 11.

6) Durch die Schlägerei oder durch den Angriff mehrerer muß „der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung", d. h. eine der im § 224 (das. N. 1) bezeichneten Folgen, „verursacht" worden sein. Ob der einen solchen Erfolg verursachende Umstand eine Schlägerei oder ein Angriff war, erscheint als eine bloße Modalität des strafb. Raufhandels, der wesentlich der gleiche bleibt, gleichgültig, ob eine Schlägerei oder ein Angriff mehrerer stattfand; es ist hiernach bezüglich dieser eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) für ausreichend zu erachten; Reuter Raufhandel S. 48, Ostern Alternativität S. 153, Wertheimer Mischgesetze S. 49.

Im übrigen kommt es lediglich auf den ursächlichen Zusammenhang an; RG. IV 11. Nov. 84 E. 11 237, Berlin 7. Mai 74 St. 4 44. Bei vorliegendem Kausalzusammenhange (§ 214 N. 11) ist es daher gleichgültig, ob der Getötete bzw. Verletzte bei der Schlägerei oder dem Angriff „beteiligt" war oder nicht, wie z. B. ein ruhestiftender Polizeibeamter. Es ist ferner unerheblich, ob die Folge jemandem als vorsätzl. oder fahrl. Tat zuzurechnen ist; die Bestrafung erfolgt wegen der Beteiligung an dem Raufhandel, ohne Rücksicht, ob irgend jemand für die eingetretene Folge überhaupt strafrechtlich verantwortlich, geschweige denn überführbar ist; RG. I 3. Jan. 84 E. 9 370 (der Grund der Aufstellung des Reates des § 227 sei lediglich die Beteiligung an einer Schlägerei, die wegen des Erfolges eine als Vergehensstr. angedrohte, ihrer eigentlichen Natur nach aber präventiv angedrohte Polizeistrafe als erforderlich habe erscheinen lassen), Berner S. 535, v. Liszt S. 326, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 14; vgl. dagegen Binding Hb. 1 590 u. Lb. 1 75 f. sowie Löning S. 93, die in der Bestimmung eine Präsumtion der Verursachung durch die an der Schlägerei Beteiligten sehen. Es kann deshalb die Folge auch nachweislich durch eine Notwehrhdlg. verursacht und deshalb straflos sein; Hälschner 2 109 N. 2. Lediglich dann findet § 227 keine Anwendung, wenn die Tötung oder schwere Verletzung nur „neben dem Raufhandel liegt, ohne durch ihn verursacht worden zu sein", also auf einem Zufalle beruht, wie z. B. wenn jemand während des Raufhandels von einem Schlagfluß berührt wird; zit. RG. E. 11 237, Berner S. 535, Binding Lb. 1 76, H. Meyer S. 499, Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 8, Reuter Raufhandel S. 44. Mit Recht sieht auch das zit. RG. u. ebenso Geyer 2 20 die Anwendung des § 227 da nicht für ausgeschlossen an, wo der Tod mittels Selbstverletzung bei der durch den Angriff gebotenen Verteidigung herbeigeführt wurde.

Aus den gesamten Ausführungen erhellt, daß „schwere Körperverltzg.", wie auch die Zusammenstellung mit „Tod eines Menschen" zeigt, lediglich im objekt. S. gebraucht ist.

Zu § 227 Absatz 1. N. 7—14.

7) Die besonderen Voraussetzungen, die zu den allg. hinzutreten müssen, um die Anwendung des Absatzes 1 zu rechtfertigen, sind, daß der Täter „an der Schlägerei oder dem Angriffe sich beteiligt hat" und „nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist".

Ob dieser letztere Umstand in der Tat eine positive und deshalb stets der Feststellung bedürfende Voraussetzung der Schuld oder ob er nur ein Strafausschließungsgrund sei (bezüglich dessen im schwurgerichtl. Verfahren nach StPO. § 295 eine Feststellung nicht zu treffen sein würde), ist allerdings zweifelhaft; die überwiegende M., insbs. Berlin 12. Nov. 73 O. **14** 711, nimmt das letztere an, dennoch erscheint die von Rubo N. 6 vertretene gegenteilige Ansicht, der auch Binding Lb. **1** 76, H. Meyer (4. Aufl.) S. 566 N. 8, Frank N. II, Rüd-St. N. 6 u. Reuter Raufhandel S. 18 sich angeschlossen haben, als die richtige. Entscheidend hierfür ist wesentlich die Entstehungsgeschichte (vgl. die nähere Ausführung in der entsprechenden N. der 5. Aufl. des Komm.). Bei der Zweifelhaftigkeit der Sache kommt für die hier vertretene, dem Angeklagten günstigere Auffassung auch noch der Satz in dubio mitius in Betracht. Damit stimmt sachlich auch die Rechtsprechung des RG. (N. 9) überein, die ausdrückliche Feststellung der verschuldeten Hineinziehung verlangt.

8) Beteiligung an der Schlägerei oder dem Angriffe. Das PrStGB. § 195 sprach in seiner ursprünglichen Fassung von „Teilnahme"; die Abänderung dieses Ausdruckes in „Beteiligung" wurde demnächst in dem „Entw. eines G. btr. die Abänderung einiger Bestimmungen des PrStGB." vorgeschlagen und in den Regierungsmotiven (G. **3** 858) damit begründet, daß eine Ungenauigkeit der Redaktion habe verbessert werden sollen, da „Teilnahme" eine hier nicht zutreffende Bedeutung habe, wobei auf die Bestimmungen des T. I über Teilnahme verwiesen wurde; der Vorschlag selbst und die Begründung desselben fand die Zustimmung der betreffenden Kommissionen beider Häuser des Landtages (G. **4** 117, 131), und erfolgte alsdann durch das G. v. 14. Apr. 1856 die beantragte Abänderung. Nach diesen Vorgängen darf angenommen werden, daß das RStGB. mit dem Ausdrucke „Beteiligung" die „Teilnahme" im technischen S. des T. I Abschn. 3 gleichfalls nicht habe bezeichnen wollen, sondern jenen gerade deshalb gewählt habe, um anzudeuten, daß es um „Teilnahme" im e. S. sich hier nicht handele; dem steht auch nicht entgegen, daß im § 63 (das. N. 5a) das Wort „beteiligt" durch eine beigefügte Klammer als „Täter und Teilnehmer" erläutert wird, denn es handelt sich dabei nicht um eine Definition „im Sinne dieses Strafgesetzes" (§ 8 N. 1), sondern vielmehr um eine für den § 63 besonders gegebene Begriffserläuterung; so die GM., insbs. RG. I 3. Jan. 84 E. **9** 370 (der Ausdruck, i. S. des gem. Lebens verstanden, umfasse jeden nicht ohne Verschulden in eine Schlägerei Mitverwickelten). Ein Zusammenwirken ist danach bei der Schlägerei (anders beim Angriff; N. 4) überhaupt nicht erforderlich; sie kann vorliegen, wenn keiner mit einem anderen gemeinschaftl. Sache macht; RG. I 20. Feb. 99 E. **32** 33. Handelt es sich aber auch nicht um Teilnahme im technischen S., so wird doch, wie im § 115 (das. N. 4), erfordert werden müssen, daß die Beteiligung zugleich eine körperliche und geistige sei; RG. I 17. Okt. 81 E. **5** 170 (beteiligt an einer Schlägerei erscheine nur der, welcher bei ihr gegenwärtig sei und physisch oder intellektuell dazu mitwirke, daß geschlagen werde), Binding Lb. **1** 75, Hälschner **2** 108 insbs. N. 3, v. Liszt S. 327, Reuter Raufhandel S. 10 f. Das erstere ist hier aus der Eigentümlichkeit des § 227 selbst zu folgern, der seinem Gedanken nach eine persönliche Anteilnahme am Raufhandel erfordert; wer solcher sich enthaltend, derartigen geistigen Anteil hat, daß er persönlich Beteiligte zu Tätlichkeiten anstiftete, oder durch Rat unterstützte, ist als selbst „beteiligt an der Schlägerei ꝛc." nicht anzusehen. Aber auch nicht jeder, der körperlich unter den sich Raufenden anwesend, ist deshalb schon ein „an der Schlägerei oder an dem Angriff Beteiligter"; so zunächst nicht derjenige, der lediglich Objekt des Angriffs war, ebensowenig der welcher zwischen die Streitenden sich begibt, nur um zum Frieden zu reden oder um Verletzte fortzuschaffen; RG. I 10. Nov. 87 R. **9** 584 (der Begriff der Beteiligung erfordere nicht bloß, daß der

Betreffende z. Z. und am Orte des Zusammenstoßes der mehreren unter diesen sich befinde, sondern hierbei auch in feindseliger Weise gegen irgend jemand sich verhalte); vgl. jedoch Oppenh.-D. N. 15, der hier „unverschuldetes Hineinziehen", also doch Beteiligung annimmt. Endlich genügt auch nicht die bloße Anwesenheit, wenn jede aktive Beteiligung fehlt; so außer dem zit. RG.: Merkel HRl. „Körperverlzg.", Geyer HH. 3 553, Oppenh.-D. N. 9. Andererseits aber reicht jede aktive Beteiligung aus und ist nicht zu verlangen, daß der Beteiligte „mitgeschlagen, also einen Versuch der Körperverlzg. gemacht habe"; es genügt vielmehr jede sachliche, auch nicht in Tätlichkeiten sich äußernde Anteilnahme, wie z. B. durch anreizenden Zuruf, durch Abhalten der Hilfe; Berlin 27. Sept. 77 St. 8 169, Geyer, Oppenh.-D. aO., Reuter aO. S. 15, so jetzt auch Binding Lb. 1 75 (anders früher Normen 1 131). Vgl. übrigens wegen „Beteiligung an einem Angriffe" noch N. 11₂.

9) Hineingezogensein nicht ohne sein Verschulden. Wenn es zur Voraussetzung der Schuld und damit der Strafbarkeit gehört (N. 7), daß der Beteiligte „nicht ohne sein Verschulden" hineingezogen worden sei, so muß ihm positiv ein „Verschulden" (vgl. §§ 54 N. 7b, 213 N. 3b) nachgewiesen werden; so auch RG. I 10. Nov. 87, II 6., 16. Nov. 88, R. 9 584, 10 627, 668 sowie Binding Lb. 1 76; das setzt aber einerseits nicht voraus, daß der Betreffende allein die Schuld gehabt haben müsse, noch daß er von vornherein schuldbar sich beteiligt hatte; vielmehr ist denkbar, daß er anfangs überhaupt nicht aktiv sich beteiligte (N. 8), oder, wenn er solches tat, zunächst „unverschuldet" hineingezogen war und daß er erst im Verlaufe des Vorganges selbst absichtlich und ohne Nötigung zu Körperverlzgen anderer schritt; RG. II 15. Okt. 97 E. 30 281, Berlin 28. Apr. 76 St. 5 72. Andererseits schließt ein „verschuldetes Hineinziehen" keineswegs aus, daß andere die Schlägerei begonnen haben, vielmehr kann das „nicht verschuldete Hineinziehen" in einer vorherigen Reizung der Angreifenden gelegen haben; RG. III 27. Nov. 80 E. 3 236.

Übrigens kann ein „Hineinziehen ohne Verschulden" nicht bloß bei einer Schlägerei, sondern unter Umständen, wenn auch seltener, bei einem Angriffe mehrerer stattfinden; wer von einer zum Angriff stürmenden Menschenmenge mitgerissen wird (Rubo N. 7), ist richtiger Ansicht nach an ihm überhaupt nicht „beteiligt" (N. 8); es ist aber denkbar, daß ein Angriff mehrerer (§ 53 N. 12d) für alle oder einzelne Beteiligte als Notwehrhandlung sich darstelle (vgl. übrigens u. N. 12); so, außer Rubo, Schütze S. 398 N. 17 u. Reuter Raufhandel S. 26; aM.: Hälschner 2 109, John HRl. „Raufhdl.", Oppenh.-D. N. 15, auch wohl RG. I 20. Feb. 99 E. 32 33. Die abweichende Fassung im § 367[10], auf die John sich bezieht, steht nicht entgegen, da ein mit einer Waffe bewirkter Angriff des Täters selbst vorausgesetzt wird, während die Ausdrucksweise des § 227 nur unter der Voraussetzung eines Angriffs mehrerer zutreffend ist; ähnlich Rubo N. 7.

10) „Wegen dieser Beteiligung" hat die Bestrafung zu erfolgen; die „Beteiligung" als solche ist folglich zu einem eigentümlichen Delikt erhoben (v. Liszt S. 326), weshalb ein „Beteiligter" auch durch den Nachweis, daß er den eingetretenen schweren Erfolg persönlich nicht verursacht habe, von der Bestrafung aus § 227 nicht befreit wird (RG. III 15. Juni 83 E. 8 369), so wenig wie durch den positiven Nachweis, daß ein anderer die Verletzung verursacht habe. Danach muß die Beteiligung genügen, wenn sie auch nur in irgendeinem Zeitpunkte des Raufhandels stattfand, solange er als eine Einheit anzusehen ist (N. 5); es ist nicht notwendig, daß die Beteiligung gerade in dem Augenblicke stattfand, wo der schwere Erfolg herbeigeführt wurde, falls dieser Zeitpunkt überhaupt nachweisbar sein sollte; so: RG. III 27. Nov. 80 E. 3 236, zit. E. 8 369, München KassH. 16. Jan. 75 E. 5 11, v. Liszt S. 327, Frank N. I 1, Rüd.-St. N. 4, Reuter Raufhandel S. 49; aM. Berlin 3. Nov. 75 St. 5 341 (die sukzessive Beteiligung könne zwar zur Charakteristik des Vorganges als eines „Angriffs mehrerer" mit herangezogen werden, die zur Zeit des Eintritts des Erfolges Unbeteiligten könnten aber nicht aus § 227 bestraft werden), ferner: Binding Lb. 1 78, Geyer HH. 4 380, Oppenh.-D. N. 10, v. Schwarze N. 6.

11) „Jeder, welcher sich beteiligt hat", ist zu bestrafen; deshalb unterliegt auch ein schwer Verletzter selbst der Bestrafung, wenn er nur schuldhaft beteiligt war; dies wird

selbst dann zu gelten haben, wenn außerdem niemand getötet o. schwer verletzt wurde; so die GM., insbs. RG. I 20. Feb. 99 E. 32 33; aM. die früheren Aufl.

Bei einer Schlägerei ist es deshalb auch gleichgültig, ob der Beteiligte dem Getöteten (Verletzten) gegenüber oder ob er ihm zur Seite stand; so die GM., insbs. RG. III 15. Juni 83 E. 8 369. Bei einem Angriffe dagegen können die, welche auf seiten des Angegriffenen standen, der Bestrafung nicht verfallen, weil sie an dem „Angriffe" nicht beteiligt waren. Zweifellos aber sind die am Angriffe Beteiligten zu bestrafen, wenn auch einer der Angreifer selbst ums Leben kam; RG. II 2. Nov. 83 E. 9 148.

12) Bezüglich des Einwandes der Notwehr (§ 53) ist zwischen der Beteiligung an einer Schlägerei und der an einem Angriffe mehrerer zu unterscheiden; aM.: RG. I 20. Feb. 99 E. 32 33, Reuter Raufhandel S. 29. Bei der Schlägerei kann der Natur des Verg. nach jener Einwand nicht erhoben werden; denn wenn auch der Beteiligte während einzelner Stadien in Notwehr sich befunden haben und deshalb von der strafrechtlichen Verantwortung für eine während dieser ausgeführte Verletzung des Gegners befreit sein sollte (so auch Mannheim 23. Okt. 75 BadA. 42 13), so handelt es sich im Falle des Abs. 1 nicht um die Bestrafung wegen einer Körperverltzg., sondern vielmehr wegen der Beteiligung am Raufhandel, die strafbar ist, „falls der Beteiligte nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist"; die Notwehr im einzelnen Stadium der Schlägerei deckt sich aber keineswegs mit dem „Hineingezogensein ohne Verschuldung"; RG. III 27. Nov. 80, I 20. Feb. 99, E. 3 236, 32 33, II 6. Nov. 88 R. 10 627, Hälschner 2 109, Oppenh.-D. N. 18, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 6. Ein Angriff mehrerer dagegen kann geradezu eine Notwehrhdlg. sein; der Einwand, daß die Beteiligung an einem Angriffe mehrerer aus Notwehr erfolgt sei, ist daher an sich zu beachten; aM. die N. 9, zitt. Gegner der dort vertretenen Ansicht; das zit. RG. 32 33 führt aber aus, daß bezüglich der Körperverltzg., da sie ein selbständig bedrohter Teil der Schlägerei sei, die Frage der Notwehr einer selbständigen Prüfung bedürfe.

13) Der Dolus besteht in dem Bewußtsein, daß man an einer Schlägerei oder an einem Angriffe mehrerer sich beteilige, ohne unverschuldet hineingezogen worden zu sein; Reuter Raufhdl. S. 31; nach der GM., die in dem unverschuldeten Hineingezogenwerden nur einen Strafausschließungsgrund sieht (N. 7), erstreckt das erforderliche Bewußtsein auf diesen letzteren Umstand sich nicht mit. Übrigens würde auch nach dieser letzteren Auffassung der Beteiligte nicht strafbar sein, wenn er irrtümlich Tatumstände annahm, die, falls sie wirklich vorgelegen hätten, sein Hineingezogenwerden als ein unverschuldetes hätten erscheinen lassen (§ 59 N. 25 d).

14) Was das Verhältnis des § 227 Abs. 1 zu anderen §§. des StGB. anbetrifft, so ist zunächst die Wendung „schon wegen dieser Beteiligung" zu beachten, weil daraus erhellt, daß der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat, die Bestrafung des Beteiligten „wegen Mordes oder Totschlages oder wegen schwerer Körperverletzung oder wegen Teilnahme an diesen Handlungen" auszuschließen; dies hob der als überflüssig (Rüd.-St. N. 2) gestrichene Abs. 3 des PrStGB. § 195 ausdrücklich hervor. Hiernach kann, da Gesetzeskonk. nicht vorliegt, das Verg. aus § 227_1 ideell konkurrieren (§ 73) mit Straftaten aus den §§ 211 ff., 224 ff.; so die GM., insbs. RG. III 10. Dez. 87 R. 9 716, I 20. Feb. 99 E. 32 33; aM. einerseits Binding Hb. 1 362 u. Lb. 1 77, die Strafandrohung des § 227 sei insofern subsidiär, als sie nur denen gelten wolle, die als Urheber des Todes rc. nicht zu erweisen seien, ebenso H. Meyer S. 499, Schütze S. 398 u. v. Schwarze N. 1, auch Hälschner 2 108 N. 1, es liege Gesetzeskonk. vor, andererseits München OLG. 30. Mai 93 E. 7 429, das nach Freisprechung aus § 227 eine Anklageerhebung aus § 224 für statthaft, also Realkonk. für möglich erachtet. Aber auch mit den §§ 223, 223a kann Idealkonk. stattfinden, und zwar nicht nur bei Verletzung eines Dritten außer dem Getöteten oder schwer Verletzten, sondern auch dieser letzteren selbst, sobald nicht nur die — leichte bzw. gefährliche — Verletzung im Zusammentreffen mit anderen Verletzungen den Tod oder die schwere Körperverltzg. verursacht hat, in welchem Falle die Sonderbestimmung des § 227_2 Platz greift; so die GM., insbs. München 12. Jan. 74 St. 3 330, auch

Schütze S. 398; aM. Merkel HRl. „Körperverltzg.", weil jemand „nicht zugleich nach beiden Gesetzen für seine Tat haftbar gemacht werden könne", ein Grund, der jeder Idealkonk. entgegengestellt werden könnte.

Zu § 227 Absatz 2. N. 15—18.

15) Die besondere Voraussetzung, die zu den allgemeinen hinzutreten muß, um die Anwendung des Absatzes 2 zu rechtfertigen, geht dahin,

„daß eine der im Abs. 1 bezeichneten Folgen mehreren Verletzungen zuzuschreiben ist, welche dieselben nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben".

„Verletzungen" bezeichnet diejenigen Körperverltzgen i. S. des § 223, welche mittels einer „Tätlichkeit" verübt sein können (o. N. 3, 4); demnach ist der Begriff auf „äußere Wunden o. Beschädggen im Innern des Körpers" nicht beschränkt; Oppenh.-D. N. 20, Reuter Raufhandel S. 76.

Im übrigen ist wegen einer Verursachung durch zusammentreffende Faktoren § 222 N. 2_3 zu vergleichen.

16) Das „Hineingezogensein des Beteiligten nicht ohne sein Verschulden" ist keine Voraussetzung (N. 7) für die Anwendung des Abs. 2; so: Berlin 28. Apr. 75 St. 5 72, H. Meyer (4. Aufl.) S. 567 N. 11, Oppenh.-D. N. 22, Rubo N. 9, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze N. 13; aM.: Binding Lb. 1 77, Frank N. IV, Merkel HRl. „Körperverl.", Reuter Raufhandel S. 88; diese Ansicht würde nur gerechtfertigt sein, wenn, wie Frank annimmt, Abs. 2 lediglich einen Strafschärfungsgrund gegenüber Abs. 1 enthielte; s. jedoch u. N. 17_2. Dagegen ist der konkreten Verletzung gegenüber, welche den Tatbestand des Abs. 2 bildet, der Einwand der Notwehr stets erheblich (N. 12).

17) „Jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt", ist aus Abs. 2 strafbar, und zwar, wenn auch in einem anderen Sinne, als in dem des § 226 bzw. der §§ 224, 225, wg. Körperverltzg. mit tödl. Erfolge bzw. wg. schwerer Körperverltzg. Jemandem fällt die Verletzung eines anderen „zur Last", wenn sie von ihm ausgegangen, d. h. (von Strafausschließungsgründen abgesehen) angesichts der als Regelstr. ausschließlich angedrohten Zuchthausstr. i. S. dieser Bestimmung vorsätzlich zugefügt worden ist; so: Binding Lb. 1 77, Hälschner 2 110, v. Liszt S. 327, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 20, Oetker GS. 64 204; aM.: Berlin 27. Sept. 77 St. 8 169, Rubo N. 9, Reuter Raufhandel S. 81, nach denen fahrl. Verletzung genügen soll. Die Zufügung einer für den tödlichen oder schweren Erfolg unerheblichen Verletzung rechtfertigt die Anwendung des Abs. 2 nicht (N. 14); Schütze S. 398 N. 14, Oppenh.-D. N. 19.

Abs. 2 beruht übrigens auf der Voraussetzung, daß die Personen, welche die verschiedenen Verletzungen zugefügt haben, nicht als Mittäter gehandelt haben; denn anderenfalls würden einem jeden der Beteiligten alle Verletzungen (und nicht bloß die von ihm selbst zugefügte) nach den Grundsätzen der Mittäterschaft zur Last fallen (§ 47 N. 11); so: Hälschner 2 110, Reuter Raufhandel S. 83; aM. v. Liszt S. 327 u. Merkel S. 301, die Bestimmungen dieses Abs. seien überflüssig bzw. ungerechtfertigt.

18) Ein Versuch des Verbr. ist nicht denkbar (§ 43 N. 5); vgl. jedoch Reuter Raufhandel S. 64 ff., 98 ff.

Teilnahme; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 19—21.

19) Teilnahme durch Anstiftung o. Beihilfe (§§ 48, 49) kann im Falle des Abs. 1 wie des Abs. 2 stattfinden; Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 15, Reuter Raufhandel S. 66, 100.

20) Im Falle des Abs. 1 ist die Strafe Gefängnis von 1 T.—3 J. (§ 16).

Im Falle des Abs. 2 ist die ordentliche Hauptstr. Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), neben dem nach § 32 VbER. erkannt werden kann. Wegen mild. Umst. vgl. § 228.

Wegen Buße vgl. § 231.

21) Die Strafverfolgung verjährt beim Verg. (Abs. 1) nach § 67_2 in fünf, beim Verbr. (Abs. 2) nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist für das Verbr. u. für das Verg. Strafk.; GVG. §§ $73^{2,1}$, 27.

§. 228.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so ist in den Fällen des §. 223 Abs. 2 und des §. 223a auf Gefängniß bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark, in den Fällen der §§. 224 und 227 Abs. 2 auf Gefängniß nicht unter Einem Monat, und im Falle des §. 226 auf Gefängniß nicht unter drei Monaten zu erkennen.

PrStGB. § 196. Entw. I § 201, II § 223. StB. S. 1173.
Entw. d. StGN. Art. I § 228. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145. StB. 1875/76 S. 807.

1) Mildernde Umstände (vgl. E. I Abschn. 4 N. 13 ff., namentl. N. 16 wegen der obligatorischen Androhung), wozu insbs. auch eine Reizung unter den im § 213 (N. 4) bezeichneten Umständen gerechnet werden kann, sind zugelassen bei den Verg. aus §§ 223$_2$, 223a sowie bei den Verbr. aus §§ 224, 226, 227$_2$.

2) Verlust bER. darf nach § 32 nur im Falle des § 227$_2$ erkannt werden, dagegen namentl. nicht in den Fällen des § 224 (das. N. 15) oder des § 226 (das. N. 4).

§. 229.

Wer vorsätzlich einem Anderen, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden, auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder auf lebenslängliches Zuchthaus zu erkennen.

PrStGB. § 197. Entw. I § 202, II § 224.
Anl. 3 z. d. Motiven: Erörterung strafrechtl. Fragen aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin Nr. VII (Begriff des Ausdrucks „Gift“).

1) Das Verbr. der sog. Vergiftung erfordert zwar auf seiten des Täters die Absicht, die Gesundheit eines anderen zu beschädigen, setzt jedoch in seinem einfachen Tatbestande (Abs. 1) keineswegs den Eintritt eines Erfolges voraus; die Strafandrohung richtet sich somit gegen den Versuch (§ 43 N. 3b) einer vorsätzl. Körperverltzg., insofern er mittels „Gifts oder anderer Stoffe, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind“, begangen wird; so die GM.; aM. Binding Lb. 1 59, insbs. N. 1. Mit Recht nimmt sie deshalb auch an, daß § 46^3 auf eine durch Beibringung des Stoffes vollendete Vergiftung keine Anwendung finden könne, mag auch ein Erfolg noch nicht eingetreten sein; aM.: Binding aO. S. 60 (per analogiam), Hälschner 2 107, v. Wächter S. 346, Frank N. III, v. Schwarze N. 4.

2) Als Mittel zur Begehung des Verbr. wird erfordert „Gift oder ein anderer Stoff, welcher die Gesundheit zu zerstören geeignet ist“. Gift ist hiernach jedenfalls auch ein solcher Stoff; RG. I 14. Jan. 84 E. 10 178. Die Frage, wann ein Stoff die Gesundheit (§ 223 N. 5) zu zerstören (§ 125 N. 3c) — nicht bloß zu beschädigen (s. jedoch u. N. 6) — geeignet sei, ist nach den Motiven „im einzelnen Falle mit Rücksicht auf die Qualität und Quantität des beigebrachten Stoffes, auf die körperliche Beschaffenheit desjenigen, dem ein Stoff beigebracht worden ist, überhaupt mit Rücksicht auf die besonderen Umstände zu entscheiden“; zit. RG. E. 10 178.

In welcher Weise ein Stoff, der die Gesundheit zu zerstören geeignet ist, wirke, ob chemisch oder mechanisch, wie z. B. gestoßenes Glas, ist gleichgültig; unmöglich kann man daraus, daß „Gift“ (N. 3) vermöge seiner chemischen Beschaffenheit wirkt, folgern, daß § 229 überhaupt nur Stoffe im Auge habe, welche chemisch wirkten; dies würde unlogisch sein, weil von der Eigenschaft einer species auf eine gleiche Eigenschaft des genus geschlossen wird, während nur umgekehrt die species sämtliche Eigenschaften des genus haben muß; so: Merkel HRL. „Vergiftung“, Geyer HH. 3 562 N. 7, Hälschner 2 104, v. Lilienthal

S. 63, v. Liszt S. 324, H. Meyer S. 487, v. Wächter S. 345, Frank N. II, Rüd.-St. N. 3; aM.: Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 6.

3) Die besondere, die Beibringung von „Gift" (§ 367⁵) betreffende Feststellung, zu der das Gesetz eventuell auffordert, ist dann zu treffen, wenn diese Bezeichnung eines Stoffes, der die Gesundheit zu zerstören geeignet ist, der Auffassung des gem. Lebens entspricht; denn nur in Anlehnung an diese hat der Entw. II, abweichend vom Entw. I und gegen das Gutachten der PrWissenschaftlDeput., jenen Ausdruck wieder aufgenommen, obgleich die Ausführung der letzteren, daß „unangreifbare Kriterien für die Gesamtheit der Stoffe, denen die Bedeutung Gift ausschließlich zukomme, nicht aufgestellt werden können", als richtig anerkannt wird. Nach dem gem. Sprachgebrauch ist aber Gift ein Stoff, der in kleiner Gabe durch seine chemische Beschaffenheit die Gesundheit bzw. das Leben zu zerstören geeignet ist; so: H. Meyer S. 487, Schütze S. 403 N. 7, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 1, 2, auch Binding Lb. I 60, der neben den „chemischen Verbindungen" auch der „physiologischen Wirkungen" gedenkt — u. zwar mit Recht —, während v. Liszt S. 325 nur die Wirkung „kleinerer Gaben" betont, ohne Erwähnung der chemischen Beschaffenheit des Stoffes. Zum Gift gehören hiernach auch die materiell übertragbaren Ansteckungsstoffe, die in infizierten Körpern sich wiedererzeugen, — eine Auffassung, die durch den gem. Sprachgebrauch bestätigt wird, der von Pockengift, syphilitischem Gift rc. spricht; so: Binding, v. Liszt aO.; aM.: Merkel HRl. „Vergiftung" (aM. vielleicht Lehrbuch S. 301), H. Meyer S. 487 N. 11, Strzeczka StrZ. 6 258.

Da übrigens Gift ein Stoff ist, der seiner Natur nach „die Gesundheit zu zerstören geeignet ist", so bezieht der Relativsatz im Abs. 1 sich nur auf die „anderen Stoffe" und entspricht daher eine Feststellung der „Beibringung von Gift", ohne jenen Zusatz, dem Gesetze; RG. I 30. Juni 81 R. 3 449.

4) Eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) bezüglich des Mittels „Gift oder ein anderer Stoff rc." ist zulässig, da die Beibringung von „Gift" lediglich eine Modalität der strafbaren Handlung ist; Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 3, Wertheimer Mischgesetze S. 49.

5) Die „Beibringung von Gift" rc. ist anzunehmen, sobald der Körper des Anderen das Gift wirklich aufgenommen hat, das Gift also mit dem Körper eine solche Verbindung eingegangen ist, wie sie für die gesundheitszerstörende Wirkung bedingend ist; ohne den Eintritt dieser Verbindung ist sonach das bloße Einflößen von Gift in den Mund kein Beibringen; so: Merkel HRl. „Körperverl.", Geyer HH. 3 562, Hälschner 2 105, v. Liszt S. 325, Frank N. III, v. Schwarze N. 8, Schmidt GS. 42 62 (direkte chemisch-dynamische Einwirkung); aM.: H. Meyer S. 488, Rüd.-St. N. 5. Das Beibringen muß keineswegs durch ein Einflößen, kann vielmehr auch durch Auftragung des Giftes auf offene Stellen, durch subkutane Einspritzungen sowie durch Einatmenlassen narkotischer Mittel geschehen; Binding, v. Liszt, H. Meyer aO., Oppenh.-D. N. 7. Im übrigen ist hier, anders wie im § 218 (das. N. 8₃), unter „Beibringung" jede Tätigkeit zu verstehen, die bewirkt, daß der Körper eines anderen gegen dessen Willen das Gift aufnimmt, sei es, daß solches heimlicherweise durch List, sei es, daß es durch vis absoluta oder compulsiva bewirkt wird; unter dieser Voraussetzung ist es auch hinreichend, wenn der andere, als Werkzeug in der Hand des Täters, das Gift selbst zu sich nimmt; so die GM.

6) Der Dolus erfordert außer der Wissenschaft, daß der Stoff, den der Täter dem anderen beibringen will, geeignet sei, die Gesundheit zu „zerstören" (RG. I 14. Jan. 84 E. 10 178), die Absicht, die Gesundheit des anderen zu „beschädigen" (§ 223 N. 5, insbs. Abs. 4); daß diese Absicht (in Abweichung vom PrStGB. § 197) ausdrücklich als Erfordernis der Vergiftung aufgestellt ist, übersieht Rüd.-St. N. 2. Andererseits braucht aber der Vorsatz des Täters nicht auf eine „Zerstörung" der Gesundheit des anderen zu gehen (so auch das zit. RG. E. 10 178), während freilich eine solche Absicht zugleich diejenige „zu beschädigen" in sich schließt.

Die Ansicht, das Verbr. aus § 229 sei eine „vorsätzl. Lebensgefährdung durch Gift, qualifiziert durch die Gesundheitsbeschädgg." (Binding Normen 2 519 u. Lb. 1 59), hat im Gesetze selbst keinerlei Anhalt; Hälschner 2 104 N. 3, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 1,

3, Baumgarten Versuch S. 430. Die Eigentümlichkeit des Delikts besteht lediglich in der N. 1 hervorgehobenen Strafbarkeit des Versuchs der Körperverltzg., sobald er mittels „Giftes" verübt wird. Ein auf Lebensgefährdung gerichteter Vorsatz, den Binding Normen 2 aO. N. 747 verlangt, gehört daher nicht zum Tatbestande; so auch H. Meyer S. 488 (Absicht der Gesundheitsbeschädgg.), obgleich er die „Vergiftung" unter die Rubrik „Gefährdung" stellt; auch v. Liszt S. 325 charakterisiert die Vergiftung als „Gefährdungsverbr. in Verletzungsabsicht".

7) Nach Absatz 2 bilden die Verursachung (T. I Abschn. 4 N. 3) einer schweren Körperverltzg. o. des Todes des anderen durch die Beibringung des im Abs. 1 bezeichneten Stoffes (vgl. §§ 224, 226) einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295.

Der Eintritt einer einfachen Körperverltzg. ist, obgleich er zum Tatbestande der Vergiftung nicht gehört (N. 1), dennoch kein Straferhöhungsgrund, sondern kommt nur für die Strafzumessuug in Betracht.

8a) Ein Versuch des einfachen Verbr. aus Abs. 1 ist denkbar, wenn auch dessen Tatbestand in Wahrheit eine bloße Versuchshdlg. ist (N. 1 u. § 43 N. 28b); so die GM. Fraglich ist aber, ob ein Versuch, der zweifellos vorliegt, wenn die begonnene Ausführungshdlg. bis zur Beibringung des Giftes in den Körper des anderen noch nicht gediehen ist, nicht auch bei nicht hinreichender Quantität des beigebrachten Stoffes angenommen werden könne. Ein durchgreifender Grund, warum bei der Vergiftung andere Gesichtspunkte als die allgemeinen über den Versuch mit relativ und absolut untauglichen Mitteln (§ 43 N. 22 ff.) maßgebend sein sollten, ist nicht erfindlich. Deshalb liegt ein strafb. Versuch der Vergiftung vor, wenn die beigebrachte Quantität Gift zwar zu klein war, um im konkreten Falle eine Gesundheitszerstörung zu bewirken, aber andererseits immer noch so groß war, daß sie auf einen anderen menschlichen Organismus, z. B. den eines Kindes, jenen Einfluß ausüben konnte, während, wenn auch das nicht einmal der Fall, nur ein Versuch mit absolut untaugl. Mittel in Frage steht. So: Berlin 3. Nov. 75 St. 5 343, Hälschner 2 105, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 5, Baumgarten Versuch S. 410. AM. einerseits Binding Lb. 1 60 u. Normen 2 519 f. N. 747, Geyer HH. 3 562, 4 384, Rubo N. 4 u. Rüd.-St. N. 4, die Versuch nur, wenn die Gabe Gift eine solche, daß sie dem Vergifteten gefährlich werden kann, andererseits RG. I 9. Nov. 93 E. 24 382, H. Meyer S. 488, 210 N. 33, Schütze S. 403 N. 8, 404 N. 10, v. Wächter S. 346 u. Frank N. III, die ihn bei jeder unzureichenden Quantität annehmen.

b) Ein Versuch des qualifizierten Verbr. aus Abs. 2 liegt dann vor, wenn einer der dort bezeichneten Erfolge durch die unvollendete oder fehlgeschlagene Hdlg. verursacht wurde (§ 43 N. 5_3); so v. Liszt S. 325; vgl. auch Thomsen Versuch S. 155 f., während der Versuch, soweit es um die Verursachung des Todes sich handelt, allgemein deshalb für undenkbar erachtet wird, weil Tötungsabsicht nicht vorliegen dürfe (N. 6), aber auch im übrigen seine Möglichkeit meist geleugnet wird, so von Binding Lb. 1 61, Hälschner 2 106, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 5; anders jedoch insoweit Geyer HH. 3 563 N. 10 u. Schütze S. 404 N. 10, weil die schwere Körperverltzg. beabsichtigt gewesen sein könne.

9a) Bezüglich des Verhältnisses der Vergiftung zu den vorsätzl. Tötungsdelikten kommt vor allem in Frage, ob der Dolus beider Verbr. sich ausschließe oder ob der Dolus der vorsätzl. Tötung den der Vergiftung in sich schließe. Binding Lb. 1 60 u. Normen 2 520 N. 747, nimmt das erstere an, weil der auf Lebensvernichtung gerichtete Dolus denjenigen auf Lebensgefährdung desselben Objekts begrifflich ausschließe; dieses ist schon nicht ganz richtig (§ 221 N. 13a), außerdem aber verlangt die Vergiftung keinen Gefährdungsvorsatz (N. 6). Geht man jedoch von der Auffassung aus, daß der Vergiftungsvorsatz wesentlich ein auf Körperverltzg. gerichteter Vorsatz sei, so schließt der Tötungsdolus diesen Vorsatz mit Notwendigkeit ein; § 223 N. 17g. Es ist deshalb Idealkonk. (§ 73) zwischen dem vorsätzl. Tötungsdelikte und dem Verbr. der Vergiftung ausgeschlossen (so, außer Binding: Hälschner 2 104 N. 3, H. Meyer S. 488; aM.: v. Liszt S. 325, v. Schwarze N. 3, Habermaas Idealkonk. S. 42 f.), abgesehen von dem Falle, daß der Täter mit dem Vergiftungsvorsatz eventuell einen Tötungsvorsatz verband (o. umgekehrt); vgl. § 223

N. 17g aE.; so Frank N. IV. Deshalb bleibt aber auch beim straflosen Rücktritt vom Versuche (§ 46 ²) des Giftmordes keine als Vergiftung strafb. Hdlg. übrig, obschon die Beibringung des Giftes stattgefunden hatte (so Binding aO.; aM.: Berlin 22. Juni 75 O. **16** 481, Geyer HH. **3** 564, **4** 384, v. Liszt aO. N. 1, H. Meyer S. 489, Schütze S. 404 N. 10, Rüd.-St. N. 5, R. Herzog Rücktritt S. 235), d. h. nur, wenn mit dem Mordvorsatz ein Eventualdolus sich nicht verband, also — nach der Ausdrucksweise des StGB. (§ 263 N. 49) — Täter mit Tötungsabsicht handelte; andernfalls bleibt beim Rücktritt vom Giftmordversuch nach Beibringung des Giftes ein aus § 229 strafb. Verbr. bestehen; so Frank aO. Vgl. übrigens wegen Mittäterschaft, bei der Ein Mittäter wegen vorsätzl. Tötung, ein anderer wegen Vergiftung strafbar ist, § 47 N. 14a.

b) Idealkonk. der Vergiftung mit den verschiedenen Arten der aus den §§ 223 ff. strafb. Körperverltzgen ist nicht unbeschränkt denkbar, vielmehr schließt der Tatbestand des § 229₂, als engerer, den der §§ 224 u. 226 aus; weitergehend nehmen Binding Lb. **1** 60, H. Meyer S. 488, v. Wächter S. 346 f. u. v. Schwarze N. 9 an, daß die durch die Giftbeibringung verursachten Körperverltzgen lediglich auf Grund des § 229 selbst zu bestrafen seien.

10) Die Hauptstrafe des vollendeten einf. Verbr. aus Abs. 1 ist Zuchthaus von 1—10 J., die des qualif. Verbr. aus Abs. 2 Zuchth. und zwar wahlweise zeitiges von 10 bis 15 J. o. lebenslängliches (§ 14). Als Nebenstrafe kann nach § 32 VbER. erkannt werden.

Der Versuch des einf. Verbr. (N. 8) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4, bzw. Abs. 2), 45 bestraft.

Wegen Buße vgl. § 231.

11) Nach § 67₁ verjährt die Strafverfolgung des Verbr. aus Abs. 1 in zehn, desjenigen aus Abs. 2 in zwanzig Jahren; wegen des Beginns der Verjährung im Falle des Abs. 2 vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

§. 230.

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines Anderen verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

War der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet, so kann die Strafe auf drei Jahre Gefängniß erhöht werden.

PrStGB. § 196 Abs. 1. Entw. I § 203 Abs. 1, 2, II § 223 Abs. 1, 2. StB. S. 669.

Vgl. § 228 Abs. 1 sowie MStGO. §§ 16³, 63¹.

1) Der Tatbestand der einfachen (Abs. 1) fahrlässigen Körperverltzg. besteht in der „Verursachung der Körperverltzg. eines anderen durch Fahrlässigkeit".

„Körperverletzung" bezeichnet sonach im § 230 den durch die Fahrlässigkeit des Täters verursachten Erfolg (§ 223 N. 7). Im übrigen aber verweisen die Worte „die Körperverltzg." zweifellos auf § 223 derartig, daß darunter alles zu verstehen ist, was objektiv als „Mißhandlung oder Beschädigung an der Gesundheit" (§ 223 N. 2—4, 5) sich darstellt; so btr. der Gesundheitsbeschädigung die GM., insbs.: RG. II 27. Mai 87, IV 11. Apr. 99, E. **16** 129, **32** 113, Berlin 17. Apr. 79 O. **20** 215, btr. der Mißhandlung: RG. II 1. Juli 84 R. **6** 489, v. Liszt S. 320, Rubo N. 2; aM.: Berner S. 530, Hälschner **2** 111, Geyer HH. **3** 534, Oppenh.-D. § 223 N. 23, v. Schwarze N. 7, Herbst G. **26** 31, die Mißhdlg. sei nur vorsätzlich möglich; ist dies auch an sich richtig (vgl. § 360 ¹³), so wird dabei doch verkannt, daß es hier nur auf den objektiven Begriff ankommt. Trotz der o. gekennzeichneten Stellung des RG. hat I 18. Apr. 04 G. **51** 352 verneint, daß bei der Fragestllg. im schwurgerichtl. Verfahren nach dem Vorliegen einf. K. deren Begriff i. S. des § 223 aufzulösen sei u. zwar weil „das Fahrlässigkeitsdel. eine vom Vorsatzdel. verschiedene Schuldform ohne innere Verwandtschaft sei".

Ob die verursachte Körperverltzg. ihrem Ergebnisse nach eine „schwere" i. S. des § 224

oder im Gegensatze dazu eine „leichte" ist, wird im § 230 nicht unterschieden und beeinflußt deshalb den gesetzlichen Tatbestand der fahrl. Körperverltzg. nicht; dennoch aber kennt das StGB. den Begriff einer „leichten" und somit auch einer „schweren" fahrl. Körperverltzg. (vgl. Abschn. 17 N. 2 sowie § 233 N. 1 b), weshalb er auch für die Vorschrift der StPO. § 255_1 btr. die Verlesung ärztlicher Atteste „über Körperverletzungen, welche nicht zu den schweren gehören", Beachtung finden muß; so auch Oppenh.-D. N. 2 gegen die GM.

2) Wegen der „Verursachung durch Fahrlässigkeit" sind die N. 1—6, 10 zum § 222 zu vergleichen, dessen — einfacher (Abs. 1) — Tatbestand von dem des § 230_1 sachlich nur dadurch sich unterscheidet, daß dort die Verursachung des Todes, hier einer Körperverletzung (und zwar einer solchen, die auch nicht in der Folge den Tod nach sich zieht; vgl. § 222 N. 2 u. Abschn. 17 N. 2) vorausgesetzt wird. Die sprachliche Abweichung, daß § 222 vom Tode „eines Menschen", § 230 von der Körperverltzg. „eines Anderen" spricht, ist daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber jeden Zweifel über die Straflosigkeit der fahrlässigen eigenen Körperverltzg. ausschließen wollte; v. Schwarze N. 2.

3) Als Fälle kriminell (nicht aber bloß disziplinarisch) strafb. fahrl. Körperverltzg. sind aus der Praxis des RG. hervorzuheben:

a. bei Ausübung eines Züchtigungsrechtes durch dessen unbeabsichtigte Überschreitung, also mittels vorsätzlich verabfolgter Schläge (§ 223 N. 12 b); so in Übereinstimmung mit der GM.: I 24. Nov. 81, 4. Feb. 01, II 18. Dez. 83, E. **5** 193, **34** 118, **9** 302. Aber nicht jede unbeabsichtigte Überschreitung im objekt. S., namentl. auch nicht jede Verursachung einer „schweren" Körperverltzg., ist fahrlässig; zufällige Umstände, z. B. eine dem Lehrer unbekannte krankhafte Anlage des Schülers, eine unerwartete Wendung von ihm u. a. können bei einer berechtigten Ausübung des Züchtigungsrechtes einen Erfolg herbeiführen, der dem Züchtigenden nicht zuzurechnen ist, während er bei einer unberechtigten Mißhdlg. auch solche Folgen nach Maßgabe des § 224 würde zu vertreten haben; v. Schwarze GS. **29** 607;

b. bei aberratio ictus, falls die nichtbeabsichtigte Verletzung des A. statt des B. dem Täter nach der konkreten Sachlage als Fahrlässigkeit zuzurechnen ist; vgl. die in N. 14 a zum § 223 zitt. RG.;

c. trotz augenblicklichen Eintritts des Todes als Folge der Fahrlssgkt., bei Voraussehbarkeit lediglich einer Körperverltzg., nicht aber des Todes als möglicher Folge des Handelns; I 19. März 96 E. **28** 272;

d. einer Schwangeren (§ 218 N. 1_2) durch Massage, unter Bewirkung des Absterbens der Leibesfrucht durch Zertrümmerungen im Gewebe des Mutterkuchens; III 9. Apr. 00 G. **47** 286;

e. bei einem operativen Eingriffe seitens eines nicht wissenschaftlich gebildeten Heilkundigen zum Zwecke des Heilverfahrens; III 10. Apr. 05 E. **38** 34.

4) Wegen des Tatbestandes der qualifizierten fahrl. Körperverltzg. aus Abs. 2 vgl. die N. 7—9 zum § 222; es unterscheidet sich der § 230_2 vom § 222_2 lediglich durch eine erst im Entw. II vorgenommene, nicht näher begründete Fassungsänderung.

5) Idealkonk. (§ 73) einer fahrl. Körperverltzg. und einer Beleidigung mittels einer Tätlichkeit (§ 185 S. 2) ist denkbar, falls dem Täter einerseits das Bewußtsein fehlte, daß seine Hdlg. objektiv eine Körperverltzg. enthalte (§ 223 N. 17 e), andererseits aber ihm der als Körperverltzg. sich darstellende Erfolg seiner Hdlg. als Fahrlässigkeit zuzurechnen war; v. Schwarze S. 628. Vgl. auch die §§ 316 N. 9, 319 bzw. 326, 327_2, $366_{2,6,8}$.

Wegen des Ausschlusses einer Idealkonk. mit vorsätzl. Körperverltzg. vgl. § 73 N. 17_2.

6) Die Strafe ist stets wahlweise Geldstrafe von 3—900 M. (§ 27) oder Gefängnis von 1 T. an (§ 16), und zwar beim einf. Verg. — 2 J., beim qualif. Verg. — 3 J. Die Geldstr. kann, als in beiden Fällen „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6 b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

Wegen Buße, Strafantrag u. Aufrechnung vgl. §§ 231—233.

7) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 sowohl beim einf. wie beim qualif. Verg. in fünf Jahren, wegen des Beginns der Verjährung vgl. das. N. 9.

Wegen Zuständigkeit vgl. § 232.

§. 231.

In allen Fällen der Körperverletzung kann auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an denselben zu erlegende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden.

Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus.

Für diese Buße haften die zu derselben Verurtheilten als Gesammtschuldner.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 225. StB. S. 668 f.

1) Über die „Buße" sind die allgemeinen Bemerkungen zum § 188 N. 1—12, insbs. die das. N. 2 zitt. RG. zu vergleichen.

Auch die Bedeutung des Abs. 3 des § 231 ist bereits § 188 N. 9 erörtert. Hier ist noch hinzuzufügen, daß es eines richterlichen Ausspruchs im Urteile über die „Haftung als Gesamtschuldner" nicht bedarf, da eine kraft Gesetzes eintretende Folge in Frage steht; Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 7. Übrigens findet die Gesamthaftung nur da statt, wo es um eine — durch ein oder durch verschiedene Urteile erfolgende — Verurteilung mehrerer Teilnehmer, sei es als Mittäter oder auch als Anstifter oder Gehilfen (RG. III 1. Juli 82 E. 7 12), wegen derselben Verletzung sich handelt, so daß Abs. 3 auf die Fälle fahrl. Körperverltzg. keine Anwendung findet, weil hier eine Teilnahme mehrerer nicht denkbar ist (vgl. § 230 N. 2 i. V. mit § 222 N. 10); so: RG. II 12. Dez. 99 E. 33 13 (gelegentlich), v. Schwarze aO.; aM.: RG. I 29. Nov. 83 E. 9 223 (erforderlich sei nur, daß es um die nämliche für eine und dieselbe Körperverltzg. ausgesprochene Buße sich handele, während die Anwendung des Gesetzes an weitere Vorbedingungen, insbs. auch an die der Teilnahme an derselben Tat nicht geknüpft sei), Hälschner 2 113, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 4, v. Weinrich Haftpflicht S. 134.

2) Abweichend von der Beleidigung (§ 188 N. 15) ist die Zuerkennung der Buße in den Fällen der Körperverletzung von dem Nachweise des Eintritts nachteiliger Folgen nicht bedingt (so Berlin 27. Nov. 78 O. 19 546; aM. Rosenfeld Nebenklage S. 183 f.), weil nach der Ausführung des Abg. Lasker angenommen wurde, daß „schon in der Verletzung der Nachteil nachgewiesen sei". Erscheint dieses auch angesichts des weiten Begriffs der Körperverltzg. (vgl. § 223 N. 3, 4) nicht richtig (so Hälschner 1 603 N. 3; aM. v. Schwarze S. 647 A. 2), so steht es doch im Ermessen des Richters, von Zuerkennung einer Buße abzusehen, sobald er einen Nachteil nicht für eingetreten erachtet; Frank aO. Übrigens steht der Verurteilung der Teilnehmer an einer Körperverltzg. zur Buße der Umstand nicht entgegen, daß die Urheberschaft der schwersten der einzelnen Verletzungen, welche für Abmessung der Buße besonders ins Gewicht fällt, nicht festgestellt ist; RG. III 1. Juli 82 E. 7 12.

Auch in denjenigen Fällen, wo die Körperverltzg. einen dauernden Nachteil für den Verletzten zur Folge hat, darf die Buße nicht in Form einer jährlichen, für die Lebensdauer des Verletzten zu zahlenden Geldrente erkannt werden; § 188 N. 8.

3) „In allen Fällen der Körperverltzg." ist eine Buße zulässig, während auf diese nur wegen bestimmter Beleidggen (§ 188 N. 13) erkannt werden darf. Aus dem N. 2 Bemerkten folgt jedoch, daß eine wirklich eingetretene und nicht bloß eine versuchte Körperverltzg. vorliegen muß, so daß beim Versuche einer schweren Körperverltzg. (§§ 225, 43) nur dann auf Buße erkannt werden kann, wenn die Versuchshdlg. eine objektiv leichte Körperverltzg. mit sich führte; so: Hälschner 2 112, H. Meyer S. 376, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 4, v. Wächter Buße S. 48, Herzog GS. 27 198, Reinhardt Selbstr. S. 39; aM.: Dochow HRl. „Buße" u. Buße S. 38, Stenglein GS. 24 345.

Wegen Zulässigkeit der Verurteilung der Anstifter u. Gehilfen (§§ 48, 49) zur Buße vgl. § 188 N. 14; so insbs. btr. des Gehilfen Frank N. 1; aM. jedoch Binding Lb. 1 52.

4) Was die aus Abschn. 17 strafb. Körperverltzgen, wozu auch der Fall des § 207 gehört, anbetrifft, so scheiden zunächst die Fälle einer Körperverltzg. mit tödl. Erfolge aus

(§§ 226, 227_1), weil der eine Buße verlangende Verletzte die Rechtskraft des Urteils erlebt haben muß (§ 188 N. 3_2); RG. II 22. Mai 85 E. 12 223 (btr. § 226), Rubo § 226 N. 5, Reinhardt Selbstr. S. 35.

Zweifelhaft ist der Fall des § 227_1; die GM., insbs.: RG. I 6. Dez. 97 E. 30 367, Berlin 28. Sept. 76 St. 6 289, erachtet die Auferlegung einer Buße an die am Raufhandel Beteiligten, auch wenn ihnen selbst eine Körperverltzg. nicht nachgewiesen ist, für statthaft, und mit Recht, da ein „Fall der Körperverletzung" auch hier vorliegt; aM.: Binding Lb. 1 78, Hälschner 2 112, v. Liszt S. 327, Frank N. II 1, v. Wächter Buße S. 50, Reuter aO. S. 69, weil der am Raufhandel Beteiligte nicht wegen Körperverltzg. bestraft werde; auch Rosenfeld Nebenklage S. 166 N. 160 neigt dahin.

Auch der Fall des § 229_1 ist streitig; richtigerweise erachten nur im Falle eingetretener Körperverltzg. die Buße für statthaft: Geyer 2 22, Hälschner 2 112, Merkel S. 302, Schütze S. 404, Frank N. II 2, Rubo N. 11, v. Schwarze N. 1, v. Wächter aO. S. 49, während sie unbedingt für zulässig erklären: v. Liszt S. 325, Stenglein GS. 25 343 sowie auch Herzog GS. 27 201, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 4 u. Reinhardt aO. S. 34, obgleich letztere beiden im allg. an dem Erforderniſſe des wirklichen Eintritts einer Körperverltzg. festhalten (N. 3).

In allen übrigen Fällen des Abschn. 17 kann auf Buße erkannt werden, was insbs. auch von der fahrl. Körperverltzg. gilt; RG. I 29. Nov. 83 E. 9 223.

5) Was die Frage anbetrifft, ob die Buße auch in Fällen der Körperverltzg. außerhalb des Abschn. 17 (btr. § 207 s. jedoch o. N. 4_1) statthaft sei, so ist wegen des § 340 das. N. 7a zu vergleichen. Im übrigen ist die Frage durchweg zu verneinen, und zwar sowohl für die Fälle, in denen die Körperverltzg. einen Straferhöhungsgrund bildet (z. B. § 118), als auch da, wo sie in einem anderen Delikte aufgeht (z. B. — außer dem § 205 — §§ 249, 251, 255); denn alsdann liegen „Fälle der Körperverletzung" i. S. des auf § 223 beruhenden § 231 nicht vor; dazu kommt, daß der Ausdruck „bei allen Körperverletzungen" lediglich die Gleichstellung der fahrl. u. vorsätzl. Körperverltzgen bewirken sollte (Abg. Lasker StB. S. 668), während der Entw. nur die „vorsätzlichen" Körperverltzgen berücksichtigte; so die überwiegende M., neuerdings auch Finger 1 509; vgl. ferner Rosenfeld Nebenklage S. 166 f.; aM. jedoch Binding Lb. 1 52, v. Liszt S. 321 N. 3, H. Meyer S. 376, Frank Abschn. 17 N. IV sowie v. Wächter Buße S. 50 ff. u. Reinhardt Selbstr. S. 37, insofern sie die Frage nur btr. § 205 verneinen, sonst aber bejahen.

6) Ob eine Buße erkannt werden dürfe, ist lediglich aus § 231 zu entscheiden; so im Verhältnis zu der früheren Landesgesetzgebung: RG. I 10. Nov. 79, II 10. Apr. 88, R. 1 57, 10 293. Der Bußanspruch wird durch eine auf Grund der Reichs-Versicherungsgesetzgbg. gewährte Entschädgg. rechtlich nicht ausgeschlossen, da die Buße, gleich der, das sog. Schmerzensgeld mitumfassenden, Entschädgg. aus § 847_1 BGB., nicht nur zur Ausgleichung vermögensrechtl. Nachteile dient (§ 188 N. 2_2); vgl. jedoch RG. III 20. März, 20. Nov. 93, E. 24 82, 397 (btr. G. v. 5. Mai 1886 § 116, jetzt LwUVG. § 146, sowie G. v. 6. Juli 1884 § 95, jetzt GewUVG. § 135).

§. 232.

Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§. 223, 230) tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Uebertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

Die in den §§. 195, 196 und 198 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

PrStGB. §§ 189, 198 Abs. 2. Entw. I § 203 Abs. 3, II §§ 226, 228 Abs. 3. StB. S. 669 f.
Entw. d. StGN. Art. I § 232. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 155 (II, III), 226 (B).
StB. 1875/76 S. 807—814, 1348 f.

1) „Nur auf Antrag" sind verfolgbar (§§ 61 ff.) — abgesehen von dem § 223a N. 13₁ erwähnten Falle sowie vom MStGB. § 127 — „die leichten vorsätzlichen und alle durch Fahrlässigkeit verursachten Körperverletzungen", folglich, wie auch die trotz der Abänderung des § 232 durch die StGN. beibehaltene Anführung der §§ 223, 230 außer Zweifel stellt, namentl. nicht die gefährlichen Körperverltzgen aus § 223a; so die GM., insbes. Berlin 29. Mai 77 St. 7 301.

2) Die leichten vorsätzlichen sowie die fahrlässigen Körperverltzgen sind nicht unbedingt Antragsdelikte, sondern nur „insofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist", d. h. also, was die vorsätzlichen leichten Körperverltzgen betrifft, namentl. nicht die unter § 340, und was die fahrlässigen betrifft, nicht die unter Abs. 2 des § 230 fallenden; RG. II 25. Okt. 81 E. 5 74, Berlin 8. Dez. 73 O. 14 518.

Wegen „Amts-, Berufs- o. Gewerbspflicht" vgl. § 222 N. 7.

Die „Übertretung" (im nichttechn. S. gebraucht; vgl. § 1 N. 9₄) einer solchen Pflicht fällt bei fahrlässigen Körperverltzgen zusammen mit der „Außerachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit, zu welcher der Täter vermöge seines Amtes ꝛc. besonders verpflichtet war"; vgl. deshalb § 230 N. 4 i. V. mit § 222 N. 8, 9.

Darüber, ob insbes. die „Übertretung einer Amtspflicht" stets auch die Anwendung des § 340 begründe, vgl. das. N. 4. Angenommen wurde eine fahrl. Körperverltzg. mit Begehung einer solchen Übertretung in einem Falle, wo der Polizeibeamte diejenige Hdlg. (Schießen an einem von Menschen besuchten Orte), die er pflichtmäßig hindern sollte, selbst vornahm; Berlin 1. Mai 72 O. 13 288. — Die Übertretung einer Gewerbspflicht kann auch angenommen werden, wenn zum Betriebe des Gewerbes eine staatliche Genehmigung nicht erforderlich; das § 222 N. 71c zit. Berlin O. 12 498.

Wegen der Frage, ob eine Körperverltzg. in Übertretung einer Gewerbspflicht begangen sei, vgl. ferner die § 222 N. 9 aE. zitt. RG. E. 18 504, 28 318.

3) Antragsberechtigter (§ 61 N. 10 ff.) ist, abgesehen von den durch Abs. 3 i. V. mit §§ 195, 196 bezeichneten Personen, der körperlich Verletzte selbst.

4) Die Einfügung des Abs. 2 durch die StGN. war eine Folge der Abänderung des § 64. Die Zurücknahme des Antrages ist aber nicht unbedingt, sondern nur bedingt (§ 64 N. 1 b), nämlich insofern gestattet, als „das Vergehen gegen einen Angehörigen (§ 52₂) verübt ist", (d. h. begangen; vgl. einerseits §§ 43, 303₄, andererseits § 247₂); auf das Prinzip der Unteilbarkeit des Antrages hat diese Unterscheidung keinen Einfluß; § 63 N. 3₂. Ist nicht der Täter, sondern nur der Begünstiger des Täters ein Angehöriger, so ist die Zurücknahme unzulässig; RG. I 13. Feb. 96 E. 28 125. Die Zurücknahme selbst erfolgt nach Maßgabe des § 64₁, während der Grundsatz des § 64₂ (das. N. 18) für den Fall des § 232₂ eine Ausnahme erleidet.

Wenn durch eine und dieselbe Hdlg. mehrere Personen verletzt sind (§ 73 N. 2, 16, 19), von diesen mehreren Verletzten und folgeweise Antragsberechtigten jedoch nur einzelne zum Täter im Verhältnisse als „Angehörige" stehen, so sind nur diese, nicht aber die übrigen, zur Zurücknahme berechtigt, so daß das Verfahren seinen Fortgang nehmen muß, wenn ein verletzter Nicht-Angehöriger einen Strafantrag gestellt hat, mag auch ein verletzter Angehöriger seinen Antrag zurücknehmen.

5) Wegen des Absatzes 3 vgl. die Noten zu den das. angeführten §§., namentl. § 198 N. 7. Auch eine leichte vorsätzliche und eine fahrlässige Körperverltzg. können „wechselseitige" (§ 198 N. 1) sein; so: Schütze S. 400 N. 21, Reber Antragsdel. S. 251; aM.: Oppenh.-O. N. 5, Stenglein GS. 35 313 N.* (der freilich wesentlich den Fall gegenseitiger fahrl. Körperverltzgen ausschließt). Tatsächlich werden übrigens „wechselseitige" Körperverltzgen stets „auf der Stelle erwiderte" sein; Geyer HH. 3 555, Schütze S. 400 N. 21.

6) Zuständig ist wegen der Verg. aus den §§ 223, 230:

a. soweit die Verfolgung nur auf Antrag (§§ 223, 230 Abs. 1) eintritt: SchöffenG.; GVG. § 27[2a] (F. v. 5. Juni 1905);

b. soweit die Verfolgung von Amts wegen (§ 230 Abs. 2) eintritt: Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. § 75[4] (F. v. 5. Juni 1905).

§. 233.

Wenn leichte Körperverletzungen mit solchen, Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder letztere mit ersteren auf der Stelle erwidert werden, so kann der Richter für beide Angeschuldigte, oder für einen derselben eine der Art oder dem Maße nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen.

PrStGB. § 196. Entw. I (fehlt), II § 227. StB. S. 669, 1173.

1a) § 233 überträgt das Prinzip des § 199, der deshalb zu vergleichen, auf die Fälle der Erwiderung von „leichten Körperverletzungen mit solchen, von Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder von letzteren mit ersteren"; Dresden OLG. 9. März 99 SächsA. **20** 304. Wenn übrigens § 233 der prozessualen Bezeichnung „beide Angeschuldigte" sich bedient, während § 199 materiell von „beiden Beleidigern" spricht, so erklärt diese Verschiedenheit sich hinreichend aus sprachlichen Gründen, indem es an einer kürzeren materiellen Bezeichnung für die eine Körperverltzg. Verübenden fehlt; Steinitz Kompensation S. 62. Keinesfalls aber wird man annehmen dürfen, daß § 233 nur dann Anwendung finden solle, wenn in der Tat beide Teile unter Anklage gestellt sind (vgl. insbs. das § 199 N. 2 zit. München ObersteLG. E. 2 317 btr. Aufrechnung gegenüber einem strafunmündigen Beleidiger); ist nur ein Angeschuldigter (Angeklagter i. S. der StPO. § 155) vorhanden, so kann der Richter ihm Strafmilderung bzw. Straffreiheit zuteil werden lassen. Ebensowenig ist erforderlich, daß wenigstens beiderseitig Strafanträge gestellt seien; München OLG. 24. Feb. 88 E. **5** 36, Dresden OLG. 5. März 88, 11. Juli 95, SächsA. **10** 136, **18** 214.

b) Fraglich ist die Bedeutung des Ausdrucks „leichte Körperverltzgen" im § 233. Da § 232 den Ausdruck „leichte vorsätzliche" Körperverltzgen durch Bezugnahme auf § 223 erläutert (§§ 223 N. 18, 232 N. 1), so können allerdings die gefährlichen vorsätzl. Körperverltzgen aus § 223a unmöglich durch die Bezeichnung „leichte" Körperverltzgen mit umfaßt werden; so die GM., insbs. RG. II 28. Okt. 79 R. 1 23, IV 12. Okt. 86 E. **14** 360. Unzweifelhaft sind dagegen die vorsätzl. Körperverltzgen aus § 223_2 aufrechnungsfähig. Wegen Aufrechnungsfähigkeit der von Beamten bzw. Gendarmen u. Personen des Soldatenstandes im Dienst verübten Körperverltzgen vgl. § 340 N. 7c. Wie die GM., insbs. RG. III 10. März 98 G. **46** 197, auf Grund der Entstehungsgeschichte (vgl. über diese RG. II 4. Juli 82 E. **6** 432) mit Recht annimmt, umfaßt aber der Ausdruck „leichte Körperverltzgen" im Gegensatz zu den „leichten vorsätzl. Körperverltzgen" (§ 232_1) nicht bloß diese, sondern auch diejenigen fahrlässigen Körperverltzgen, deren Erfolg kein schwerer i. S. des § 224 ist.

2) Die Befugnisse des Richters sind im § 233 gegenüber dem § 199 (das. N. 10) insofern erweitert, als er nicht nur „überhaupt keine Strafe eintreten", d. h. den Angeklagten für „straffrei" erklären darf, sondern ihm auch zusteht „eine der Art oder dem Maße nach mildere Strafe" zu erkennen. So enthält § 233 in Wahrheit einen, in das Ermessen des erkennenden Richters gestellten, Straf-Ausschließungs- bzw. Milderungsgrund i. S. des § 266_2 StPO.; RG. II 1. Mai 88, I 24. Nov. 98, E. **17** 346, **31** 347.

3) Bezüglich der Strafmilderung (§ 207 N. 3) im besonderen ist hervorzuheben, daß sie „der Art oder dem Maße nach" eintreten darf; durch diese allerdings nicht völlig korrekte Ausdrucksweise des Gesetzes wird aber auch nicht ausgeschlossen, die Milderung „der Art und dem Maße nach" eintreten zu lassen; aM. Rubo N. 5.

Da es bei Gestattung der Strafmilderung um eine Ausnahmebestimmung sich handelt, so ist anzunehmen, daß sie gegen die allg. Grundsätze über die Strafen nicht verstoßen dürfe. In Anbetracht der Abstufung der Strafarten ihrer Schwere nach (T. I Abschn. 1 N. 6) erscheint es danach zwar zulässig, statt Gefängnis auf Haft (so die GM., insbs. München 9. Sept. 74 St. **4** 152) oder gegen eine jugendliche Person auf Verweis (§ 57[4]) zu erkennen, nicht aber eine Person über achtzehn Jahre mit einem solchen zu bestrafen; Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 5. Namentl. sind auch die gesetzlichen Höchst- u. Mindestbeträge der Strafen einzuhalten (Hälschner 2 115); auf Haft über sechs

Wochen darf deshalb wegen einer einzelnen Straftat nicht erkannt werden (§ 18), ebensowenig auf eine Geldstrafe unter drei Mark (§ 27); aM. in letzterer Beziehung Binding Lb. 1 53. Dagegen wird es andererseits statthaft sein, unter Wegfall der Hauptstrafe lediglich eine Nebenstrafe, z. B. die Einziehung eines gebrauchten (übrigens nicht gefährlichen) Werkzeuges (§ 40 N. 2), auszusprechen; denn das StGB. hat einen Grundsatz dahin, daß die sog. Nebenstrafen niemals selbständig erkannt werden dürften, nicht aufgestellt; Rüd.-St. N. 9, Steinitz Kompensation S. 74.

Achtzehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit.

1) „Persönliche Freiheit" i. S. der Überschrift dieses Abschn. ist nicht, wie Bruck Verbr. gg. d. Willensfrht. S. 4 ff. annimmt, gleichbedeutend mit „Willensfreiheit", da die einzelnen Delikte des Abschn. ebensogut an einer willensunfähigen wie an einer willensfähigen Person begangen werden können, der hierfür aber von Bruck angeführte Grund, daß in jenem Falle Objekt der Verletzung nicht die Willensfreiheit, sondern die „Menschenwürde" sei, eine willkürliche Annahme ist, die gerade durch die Einführung dieses Dualismus in den Begriff der betreffenden Delikte ihre Unhaltbarkeit beweist; Binding Normen 2 525 N. 752, Geyer HH. 3 568, 4 390, Hälschner 2 118, H. Meyer S. 500, Oppenh.-D. N. 1, Schwarze S. 651, Rüd.-St. N. 1, v. Buri, Knitschky, GS. 24 105, 44 262 ff.

Die positive Bestimmung dessen, was unter „persönlicher Freiheit" i. S. der Überschrift des Abschn. zu verstehen sei, läßt sich nicht im allg. geben, sondern nur aus der Erläuterung der einzelnen Delikte selbst gewinnen; so: Frank N. z. Überschr., Knitschky aO., insbs. S. 268, 272; vgl. aber namentl. Binding Lb. 1 80 ff.; aM. Merkel S. 310, indem er allgemein die persönl. Freiheit als die freie Betätigung des individuellen Willens bezeichnet (§ 240 N. 3). Es ist jedoch bereits hier hervorzuheben, daß eine Verletzung der persönl. Freiheit, gerade ebenso wie die Nötigung aus § 240 sie voraussetzt, bei manchen anderen Verbr. stattfindet, so namentl. bei den mit Gewalt gegen die Person verübten Sittlichkeitsverbr. im Abschn. 13 sowie bei dem Raube u. der Erpressung im Abschn. 20. Hieraus ergibt sich, daß unter dem Sammelnamen der V. u. V. wider die persönl. Freiheit im Abschn. 18 nur solche Verletzungen dieser Freiheit begriffen sind, die nicht in anderen Abschn. des StGB. Aufnahme gefunden haben; vgl. Hälschner 2 117, v. Schwarze S. 651 u. Merkel aO.

2) Ebendaraus folgt, daß im Abschn. 18 keineswegs die Materie der strafb. Hdlgen wider die persönliche Freiheit i. S. des EG. § 2 geregelt ist. Erst aus der Zerlegung des Inhalts des Abschn. läßt sich erkennen, welche einzelnen Materien in ihm ihre Regelung gefunden haben; nach der in den Motiven gegebenen Anordnung behandeln:

§§ 234, 235 den Menschenraub, §§ 236—238 die Entführung, § 239 die Beraubung der persönlichen Freiheit, § 240 die Nötigung, § 241 die Bedrohung.

Die Materie des Sklavenhandels berührt sich zwar mit derjenigen des Menschenraubes, insofern er in der Form dieses verübt werden kann, war aber dennoch im Abschn. 18 nicht geregelt (EG. § 2 N. 16a). Ergänzend greift das G. btr. die Bestrafung des Sklavenraubes und des Sklavenhandels v. 28. Juli 1895 (RGBl. S. 425) ein.

§. 234.

Wer sich eines Menschen durch List, Drohung oder Gewalt bemächtigt, um ihn in hülfloser Lage auszusetzen oder in Sklaverei, Leibeigenschaft oder in auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste zu bringen, wird wegen Menschenraubes mit Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 204. Entw. I § 205, II § 229.

1) Der sog. Menschenraub (wegen Anzeigepflicht vgl. § 139 N. 1f) ist nach dem StGB. die durch List, Drohung oder Gewalt bewirkte Bemächtigung eines Menschen zu einem

der im § 234 bezeichneten Zwecke. Hieraus folgt zunächst, daß die Aussetzung des Menschen bzw. dessen Versetzung in Sklaverei zur Vollendung des Verbr. nicht gehört, daß diese vielmehr bereits in der „Bemächtigung" selbst (N. 3) liegt; Geyer HH. **3** 603, v. Liszt S. 361, H. Meyer S. 510, Schütze S. 413, Rüd.-St. N. 5, Bruck V. gg. die Willensfrht. S. 71, v. Buri GS. **27** 522. Es ist sonach eine Versuchshandlung unter eine selbständige Strafandrohung gestellt (§ 43 N. 3b); so: Binding Lb. **1** 107 u. Normen **2** 535, Geyer HH. **4** 400, v. Buri aO.; aM.: Hälschner **2** 141 N. 3, Villnow G. **24** 108, Knitschky GS. **44** 267, mit der Bemächtigung erscheine die Freiheitsberaubung qualitativ vollendet. Aus dem Begriffe des Menschenraubes i. e. S. folgt aber ferner, daß die vollendete Aussetzung eines Menschen in hilflose Lage und die vollendete Versetzung eines solchen in Sklaverei dennoch nicht aus § 234 zu bestrafen sind, wenn der Täter dazu nicht des Verletzten „durch List, Drohung oder Gewalt" sich zu bemächtigen brauchte; Hälschner **2** 140, v. Buri aO., auch Binding Normen aO. N. 771, vgl. aber jetzt Lb. **1** 108.

2) Objekt des Verbr. ist „ein Mensch", d. h. jeder Mensch ohne Rücksicht auf Willensfähigkeit (vgl. Abschn. 18 N. 1); H. Meyer S. 510, v. Buri GS. **27** 522.

Auch eine Person „jugendlichen Alters" kann Objekt des Menschenraubes sein; § 221 enthält keineswegs eine speziellere Bestimmung als § 234, sondern vielmehr eine insofern verschiedenartige, als sie wirkliche Aussetzung der Person verlangt (s. o. N. 1); so: Villnow G. **24** 116, Knitschky GS. **44** 267; aM. Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 72 N. 66.

3) „Bemächtigung eines Menschen" liegt vor, sobald jemand die physische Herrschaft über ihn gewonnen hat; so: Binding Lb. **1** 108, Hälschner **2** 138, Schütze S. 412, Frank N. I 1, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 1, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 70, 73, Villnow G. **24** 116, Knitschky GS. **44** 287; aM. v. Buri GS. **27** 523, die Bemächtigung brauche nicht gerade eine physische zu sein; vgl. auch Geyer HH. **3** 601 N. 5, der anscheinend „ein Verleiten zur Auswanderung, um die Ausgewanderten in hilflose Lage zu versetzen", unter § 234 subsumiert. Der Menschenraub ist aber wegen jenes Begriffs der „Bemächtigung" unter allen Umst. ein Freiheitsverbr., mag sie zu dem einen oder zu dem anderen der im § 234 bezeichneten Zwecke geschehen; v. Liszt S. 361.

Daß die „Bemächtigung" nicht, wie Merkel HRL. „Menschenraub" annimmt, eine Wegführung oder Fernhaltung jemandes „von seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort" verlangt, ergibt sich bereits aus dem Worte selbst, erhellt aber noch besonders aus der Entstehungsgeschichte; nach Goltd. Mat. **2** 444 sollte der entsprechende § 204 des PrStGB. nach dem Entw. lauten: „... bemächtigt und mit sich führt oder in seiner Gewalt zurückhält ..."; an Stelle dieser Worte trat später, um die bloße „Zurückhaltung" auszuschließen, das Wort „Entführung"; diese bezeichnete also die Bemächtigung und Wegführung eines Menschen. Wenn nun der Tatbestand des Menschenraubes im RStGB., nach den Motiven, dadurch hat erweitert werden sollen, daß er nicht mehr die „Entführung" bedingt, vielmehr nur verlangt, daß der Täter eines Menschen sich „bemächtigt" habe, so erhellt daraus, daß jede einschränkende Auslegung des Wortes „Bemächtigung" im § 234 ausgeschlossen sein muß; Geyer HH. **3** 602, **4** 401, Hälschner **2** 139, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 1 A. 1, Bruck, Villnow aO.

4) „Durch" List, Drohung oder Gewalt, also unter Anwendung dieser Mittel, muß die Bemächtigung erfolgt sein. Allein hieraus ist nicht mit Villnow G. **24** 114 zu folgern, daß jene Mittel gerade gegen den angewendet sein müssen, dessen der Täter sich bemächtigte, da unter Umständen auch eine gegen Dritte, z. B. gegen den Wärter eines Hilflosen, ausgeübte List 2c. als Mittel der Bemächtigung eines anderen erscheinen kann (vgl. § 235 N. 5); so: Binding Lb. **1** 108, Hälschner **2** 138 u. GS. **35** 10, Oppenh.-D. N. 4, 5, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 1, v. Buri, Knitschky, GS. **27** 523, **44** 293; aM.: Geyer HH. **3** 603, Schütze S. 412 u. hinsichtlich der Gewalt Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 71. Es ist hiernach sogar eine Einwilligung des Geraubten in die Bemächtigung mit dem Tatbestande nicht unvereinbar; so: H. Meyer S. 510, Oppenh.-D. N. 5; auch Binding Lb. **1** 108, der mit Recht das Verbr. nur am selbständigen Einwilligenden nicht begehbar erachtet; aM. Knitschky aO. S. 274.

5a) „List“ ist nicht mit „Arglist“ (§ 170) oder „Hinterlist“ (§ 181) gleichzustellen, da es als Regel anzusehen ist, daß der Gesetzgeber mit verschiedenen Ausdrücken auch Verschiedenes habe bezeichnen wollen. Zwischen den in Rede stehenden drei Ausdrücken läßt sich, ohne ihnen Gewalt anzutun, unterscheiden; denn wenn der List die Arglist und die Hinterlist gegenüberstehen, so ist anzunehmen, daß List im allg. den klugen, auf Täuschung berechneten Anschlag oder Kunstgriff bedeute (vgl. Grimms Wörterbuch „List“, insbs. Z. 4, 7), während Arglist noch außerdem den auf etwas „Arges“ gerichteten Sinn des Täters (§ 170 N. 3), Hinterlist aber die „versteckte“ Vorbereitung des bösen Anschlags (§ 181 N. 2b) bezeichnen solle. Vgl. die Definitionen bei: Villnow G. 24 113 (Fertigkeit, auf heimliche und kluge Weise zu wirken), v. Liszt S. 354 (Täuschung des Handelnden über die verursachende Bedeutung seines Tuns), Frank N. I 2 (ein auf Täuschung berechnetes Verhalten), Rubo N. 1 (jede auf Täuschung berechnete Veranstaltung). Übereinstimmend mit obiger Ansicht bestimmte RG. I 21. Juni 86 R. 8 465 die „List“ als „die Ausführung eines klugen, auf Täuschung berechneten Anschlages“, nachdem es deren Gleichstellung mit „Heimlichkeit“ verneint hatte, während IV 28. Jan. 87 E. 15 340 (btr. § 235) diese Frage unentschieden ließ, jedenfalls aber „eine gegen den von der List Betroffenen beobachtete Heimlichkeit des Handelns“ für ausreichend erachtete. Demgegenüber nahm RG. II 27. Jan. 88 E. 17 90 (ohne übrigens einen Widerspruch mit dem zit. R. 8 465 zu finden, weil der Anschlag nur beiläufig als ein „auf Täuschung berechneter“ bezeichnet sei) an, daß nach der gegenwärtig herrschenden Bedeutung des Wortes „List“ ein auf Täuschung berechnetes Mittel nicht erforderlich sei; es genüge vielmehr, wozu man auch nach dem Zwecke der Gesetzesvorschrift (insbs. des § 235) gelange, neben der Anwendung eines gewissen Grades von Klugheit, Schlauheit, Fertigkeit ein geflissentliches Verbergen der Absicht o. der zur Erreichung der Absicht gebrauchten Mittel (das ist doch zweifellos ein auf Täuschung berechnetes Handeln!), ohne daß es darauf ankomme, ob bei dem Überlisteten irrige Vorstellungen wirksam werden sollten (was kann ein Verbergen der Absicht rc. wohl für einen anderen Zweck haben?); dem sich anschließend fand II 30. Nov. 88 E. 18 273 (btr. §§ 235, 237) „in der verabredeten u. vorbereiteten Heimlichkeit der nächtlichen Flucht (der Minderjährigen), verbunden mit der Beschaffung eines falschen Passes (seitens des Entführers)“ die Anwendung von List; dem tritt auch Knitschky GS. 44 287 bei.

Unter die Bemächtigung durch „List“ fällt auch die Betäubung durch narkotische o. andere Mittel, wie Hypnotisieren, die nach der § 113 N. 23a gegebenen Begriffsbestimmung unter „Gewalt“ nicht zu subsumieren ist. So: Geyer HH. 3 617 N. 2, Hälschner 2 243, Schütze S. 417 S. 9, v. Schwarze N. 1 u. § 236 N. 3, Villnow aO., Knitschky, Ortloff, GS. 44 292, 60 329. AM. Oppenh.-D. N. 6, der in einem solchen Falle „List oder Gewalt“, ferner: Binding Lb. 1 82 N. 2 u. Normen 2 526 N. 755, H. Meyer S. 503, Frank § 52 N. I 1, v. Lilienthal ZStrW. 7 373, Heberle Hypnose S. 28, Herbst G. 26 49, die „Gewalt“ annehmen.

b) „Drohung“ (§ 48 N. 11a) ist hier sowenig wie im Falle des § 114 (das. N. 3b) oder des § 167 (das. N. 3b) das Inaussichtstellen einer strafb. Hdlg. So: Binding Lb. 1 108, v. Liszt S. 353, H. Meyer S. 510, Oppenh.-D. N. 3, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 71, Villnow G. 24 114, Knitschky aO. S. 288.

c) „Gewalt“ (§ 113 N. 23a) ist hier sowohl vis absoluta als auch compulsiva; aM. Hälschner GS. 35 9, Gewalt habe hier eine beschränktere Bedeutung, und zwar weil hier daneben „List“ erwähnt sei, die als vis absoluta wirken könne.

d) Hiernach wird der Angriff auf die Freiheit eines Menschen im Falle zu a durch ein dem Angegriffenen infolge der Täuschung verborgen bleibendes Mittel, in den Fällen zu b u. c durch das Mittel der Nötigung (vgl. § 240 und u. N. 6_3) begangen; beide Mittel können aber auch zusammentreffen, was geschieht, falls der Täter nach Entdeckung der List zur Drohung oder Gewalt schreitet; Binding Lb. 1 108 u. Normen 2 537 ff.

6) Der zum Menschenraube erforderliche Dolus verlangt außer dem auf die Bemächtigung gerichteten Vorsatze darüber hinausgehend durch die Worte „um ... zu“, gleichbedeutend mit „Absicht“ (§ 131 N. 6; Binding Lb. 1 109; vgl. auch Normen 2 602 N. 894),

den gerade auf Aussetzung oder auf Verbringung in Sklaverei gerichteten Willen, so daß insoweit Eventualdolus (§ 59 N. 6) ausgeschlossen ist. Daß mittels der hervorgehobenen Worte der Endzweck der Hdlg. habe bezeichnet werden sollen, ist nicht anzunehmen; denn es liegt auf der Hand, daß dieser sehr wohl ein anderer sein kann, wie z. B. bei der Aussetzung die Erlangung des Vermögens des Ausgesetzten; aM. v. Liszt S. 361 (Beweggrund). Sofern die Absicht, in dem o. bezeichneten Sinne, auf „Aussetzung des Geraubten in hilfloser Lage" geht, ist sie auf Gefährdung, sonst auf eine Verletzung gerichtet; stellt aber auch das Gesetz verschiedene Verletzungen nebeneinander, so ist doch der Verletzungsvorsatz ein einheitlicher, weil allen diesen Fällen das Verbot zugrunde liegt: „jemanden in ein seine rechtliche Persönlichkeit dauernd beeinträchtigendes Abhängigkeitsverhältnis zu versetzen", eine Norm, deren Verletzung „durch List, Drohung oder Gewalt" freilich, wie außer Binding Normen 2 536 N. 772 auch Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 74 u. Geyer HH. 3 601, 4 400 hervorheben (vgl. ferner v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 208), keineswegs stets unter § 234 fällt, so z. B. nicht in dem Falle einer Bemächtigung behufs Einsperrung in ein Kloster; v. Liszt aO.

Die Realisierung des Vorsatzes gehört nicht zur Vollendung des Verbr. (N. 1); es liegt deshalb, unter Voraussetzung der übrigen Erfordernisse, ein vollendeter Menschenraub auch in dem Falle vor, wenn der Geraubte nach Absicht des Täters zwar in Sklaverei gebracht werden sollte, tatsächlich aber nur in hilfloser Lage ausgesetzt wurde oder umgekehrt; v. Schwarze N. 4, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 208.

7a) Hinsichtlich der vom Täter verfolgten Absicht wird eine alternative Feststellung mit Recht von keiner Seite (vgl. Ostern Alternativität S. 156, Wertheimer Mischgesetze S. 50) insoweit für genügend erachtet, als es um die Alternative sich handelt, ob der Täter den Geraubten in hilfloser Lage aussetzen oder ob er ihn in Sklaverei ꝛc. bringen wollte; da in jenem Falle ein Gefährdungs-, in diesem ein Verletzungsvorsatz festzustellen ist, so handelt es sich unzweifelhaft auch um verschiedene Tatbestände. Anders liegt die Frage für die übereinstimmend einen Verletzungsvorsatz erfordernden Fälle des Tatbestandes; da jener ein gleicher ist, auch das Gesetz selbst die verschiedenen auf eine Verletzung gerichteten Absichten als gleichwertig anerkennt (v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 208), so sind hier nicht verschiedene Tatbestände, sondern nur Modalitäten einer und derselben strafb. Hdlg. anzunehmen, weshalb eine alternative Feststllg. für zulässig zu erachten ist (§ 47 N. 29); Binding Normen 2 538.

b) Hinsichtlich der Mittel der Bemächtigung ist eine alternative Feststellung zulässig, da sie als gleichwertig erscheinen; Binding Lb. 1 108, Oppenh.-D. N. 9, Wertheimer aO. Vgl. auch § 240 N. 10.

8) Bezüglich der einzelnen Mischtatbestände ist noch folgendes hervorzuheben:

a) Wegen „in hilfloser Lage aussetzen" vgl. § 221 N. 4, 5; abweichend nehmen jedoch Geyer HH. 3 602 u. Hälschner 2 141 an, daß „Aussetzen" hier eine wesentlich andere Bedeutung als im § 221 habe, indem es im letzteren um Gefährdung von Gesundheit und Leben, im ersteren um Freiheitsberaubung sich handele, mit der Voraussetzung, daß der Ausgesetzte an dem Orte, an dem er ausgesetzt worden, in einer Zwangslage sich befinde, aus der er nicht nach eigenem Willen seinen Aufenthaltsort zu bestimmen vermöge (wovon — nach Hälschner — nur beim Aussetzen in entfernten Weltgegenden die Rede soll sein können; vgl. dagegen de lege lata Binding Lb. 1 109 N. 1).

b) Der Sklavenhandel, soweit er überhaupt unter § 234 fällt (Abschn. 18 N. 2), ist, wenn er von einem Deutschen im Auslande betrieben wird, nur unter der Voraussetzung des § 4³ strafbar (Begründung des Entw. eines G. btr. Bestrafg. des Sklavenhandels; Drucks. d. RT. Nr. 501 der 8. Leg.-Per. I. Sess. 1890/91); wird er auf einem Deutschen Handelsschiffe in offener See betrieben, so findet allerdings § 234 ev. ohne weiteres Anwendung; vgl. § 3 N. 14 a β.

c) „Auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste"; das Bringen „in Kriegs- o. Schiffsdienste", die übrigens nicht mit „Diensten im Kriege oder auf einem Schiffe" gleichzustellen sind (Oppenh.-D. N. 8, Villnow G. 24 117), erscheint nur dann als eine der

Sklaverei bzw. der Leibeigenschaft ähnliche Freiheitsbeeinträchtigung, wenn „auswärtig" nicht in dem § 8 N. 3b erläuterten S., sondern im Gegensatz zum Heimatlande des Geraubten verstanden wird; so: Oppenh.-D., Billnow aO., v. Schwarze N. 2, Knitschky GS. 44 295; aM.: H. Meyer S. 511 N. 14, Rubo N. 5. Daß die auswärtigen Kriegs- o. Schiffsdienste solche eines Staates seien, ist nicht erforderlich (Oppenh.-D., Billnow aO.); tatsächlich wird dieses Verbr. (wegen dessen Strafbarkeit die Bemerkung zu b gilt) sogar häufig an Matrosen der Kaiserl. Marine begangen, um sie in den Dienst eines auswärtigen Handelsschiffes zu bringen.

Aus diesem allen ergibt sich, daß, wenn auch die auf Versetzung in Sklaverei- o. Leibeigenschaft gerichtete Absicht nur im Auslande, so doch das Bringen „in auswärtige Kriegs- o. Schiffsdienste" auch in D. erreicht werden kann; so Knitschky aO.; aM. Billnow aO.

Vgl. übrigens den Tatbestand des Verg. aus § 141 (das. N. 2b).

9) Versuch des Menschenraubes ist gemäß der positiven Gestaltung des Tatbestandes denkbar, ohne daß die innere Versuchsnatur des Delikts (N. 1) dem entgegensteht; vgl. § 43 N. 28b. So: Binding Lb. 1 108, v. Liszt S. 361, Rüd.-St. N. 5, v. Buri GS. 27 522.

10a) Idealkonk. (§ 73) mit einer aus § 169 (das. N. 7) strafb. Hdlg., insbs. mit Unterdrückung des Personenstds., ist denkbar; RG. I 7. Feb. 84 E. 10 86.

b) Auch mit der Aussetzung (§ 221) kann der Menschenraub in Idealkonk. treten, und zwar nicht bloß, wie Binding Lb. 1 109 u. Normen 2 523 N. 749 annimmt, die zweite einen Verletzungs-, sondern auch die erste einen Gefährdungsvorsatz erfordernde Art des Menschenraubes (N. 6). So: Hälschner 2 82, Oppenh.-D. § 221 N. 14, Rüd.-St. § 221 N. 10, v. Schwarze § 221 N. 7, 14 u. GS. 24 54, Billnow G. 24 116; vgl. auch Knitschky GS. 44 294. AM., außer Binding aO. (vgl. auch Hb. 1 355): v. Holtzendorff HH. 3 446 (es schließe § 234 den § 221 aus, weil bei diesem mit Rücksicht auf § 234 anzunehmen sei, daß der Aussetzling entweder selbst dem Täter sich anvertraut haben oder von Dritten ihm anvertraut sein müsse), Frank N. 13.

c) Wg. Idealkonk. mit § 235 vgl. das. N. 11.

11) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14_2), neben dem nach § 32 BbER. erkannt werden kann.

Der Versuch (N. 9) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren. Für die Frage bezüglich des Beginnes der Verjährung ist zunächst entscheidend, ob der Menschenraub als Dauerdelikt angesehen werden muß oder nicht (§ 67 N. 14a); diese Frage ist mit der GM. gegen Binding Lb. 1 109 u. Rubo N. 6 zu bejahen, da, wenn auch das Verbr. mit der Bemächtigung selbst vollendet ist (N. 1), so doch diese ein dem Rechte widerstreitender Zustand ist, dessen Dauer vom Willen des Täters abhängt. Mit Recht nehmen daher Geyer HH. 3 607, Hälschner 2 141, Oppenh.-D. N. 11, 12 u. Rüd.-St. N. 5 an, die Verjährung laufe nicht, solange der Geraubte in der Macht des Räubers sich befinde, während Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 75 u. v. Buri GS. 27 523 zu weit gehen, wenn sie die Verjährung erst mit dem Aufhören der Unterwerfung des Geraubten unter fremden Willen beginnen lassen.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 235.

Wer eine minderjährige Person durch List, Drohung oder Gewalt ihren Eltern, ihrem Vormunde oder ihrem Pfleger entzieht, wird mit Gefängniß und, wenn die Handlung in der Absicht geschieht, die Person zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

PrStGB. §§ 205, 206. Entw. I §§ 206, 207, II § 230.
Entwürfe d. EGBGB.: I (fehlt); Bundesratsvorl. Art. 8 VII; RTvorl. Art. 33 VII.

1) Während Entw. I des EGBGB. noch eines entsprechenden Vorschlages entbehrte, beruht der Ersatz der Worte „ihren Eltern oder ihrem Vormunde" der alten Fassung durch die jetzigen Worte auf dem — mit Art. 8 VII der Bundesrats- u. Art. 33 VII der RTvorl. übereinstimmenden — Art. 34 VIII des EGBGB.

Einfacher Tatbestand. N. 2—7.

2) Der Tatbestand des sog. Kinderraubes erfordert, daß eine minderjährige Person ihren Eltern, ihrem Vormunde o. ihrem Pfleger „entzogen" wird. Ausweislich der Motive wurde das Wort „Entziehen" dem im entsprechenden § 205 des PrStGB. gebrauchten „Entführen" substituiert, „um schon durch die Ausdrucksweise anzuzeigen, daß das einschlägige Verbrechen als eine besondere Art des Menschenraubes, nicht aber, wie dort, als eine besondere Art der Entführung aufzufassen sei"; der rechtsgeschichtl. Entwickelung entsprechend nehme der Entw. an, daß die „Entführung" nur an Frauenspersonen begangen werden könne. Es ergibt sich hieraus, daß „entführen" nur mit Rücksicht auf den gemeinrechtl. Sprachgebrauch durch „entziehen" ersetzt worden ist, daß dagegen nicht beabsichtigt wurde, den Tatbestand des § 235 von einem der Merkmale des im § 234 als Menschenraub bezeichneten Verbrechens abhängig zu machen; geschehen ist solches tatsächlich auch keineswegs. Die Entstehungsgeschichte läßt sich somit nicht dafür verwerten, daß § 235 die Begründung einer Abhängigkeit des Minderjährigen von dem Entziehenden zur Voraussetzung habe; ebensowenig aber ist dies (mit Villnow GS. **24** 112, 118) etwa aus dem Tatbestande des qualifizierten Kinderraubes (N. 8 ff.) zu schließen; denn dieser verlangt keineswegs, daß der Entzogene zu den am Schlusse des §. bezeichneten „Zwecken" wirklich gebraucht werde, sondern nur eine auf solchen Gebrauch gerichtete Absicht des Täters; eine Bemächtigung des Minderjährigen seitens des Täters wird sonach auch beim qualifizierten Kinderraube nicht erfordert. Ist auch „entziehen" hier, wie im § 137 (das. N. 9) sowie in den §§ 140 (N. 4), 143, 257, 298, 346, nicht in wörtlicher, sondern in übertragener Bedeutung zu nehmen (so auch RG. II 27. Jan. 88 R. **10** 74, unvollständiger E. **17** 90), so muß doch auch in diesem Sinne die Beseitigung der früheren Verbindung genügen, gleichviel ob durch die Beseitigung ein neues Band geschaffen wird oder nicht. So RG. II 30. Nov. 88, I 27. Apr. 93, E. **18** 273, **24** 133 (jenes mit der weiteren Ausführung, daß allerdings, wenn kleine Kinder Objekt des Verg. seien, eine Entziehung aus der Gewalt der Eltern 2c. ohne Begründung eines anderen Gewaltverhältnisses schwer sich konstruieren lasse, wohl aber, wenn eine der Großjährigkeit nahe stehende Person Objekt sei; dieses mit dem Bemerken, daß nicht die Beseitigg. jeder denkbaren Möglichkeit der Ausübung des Erziehungsrechtes angestrebt zu werden brauche), auch wohl Merkel S. 313, indem er das Delikt für vollendet erachtet (s. u. a. E.), sobald das Kind der gesetzmäßigen Aufsichtsgewalt entzogen ist; ebenso Binding Lb. **1** 115. Abweichend nimmt die überwiegende M. an, daß „Entziehen" das Vertauschen des verletzten Gewaltverhältnisses mit einem anderen erheische; so insbs. auch noch das zit. RG. R. **10** 74 (E. **17** 90); ferner v. Liszt S. 361 u. Knitschky GS. **44** 300 sowie mit der Folgerung, daß ohne Begründung eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses nur eine Anstiftung bzw. Beihilfe zur straflosen Selbstentziehung angenommen werden könne: Schütze S. 413 N. 6, Oppenh.-D. N. 1, 6, v. Schwarze N. 7, v. Buri GS. **27** 524. Das Gesetz spricht nur davon, daß eine minderjährige Person „ihren Eltern, ihrem Vormunde o. ihrem Pfleger" entzogen werde, ohne zum Ausdruck zu bringen, ob es um eine Entziehung aus der tatsächlich ausgeübten Gewalt der Eltern 2c. oder um einen Eingriff in das Erziehungs- und bzw. Aufsichtsrecht der bezeichneten Personen sich handele (N. 3a). Da das Strafrecht vor allem gegen Rechtsverletzungen sich richtet, so wird man für das letztere sich entscheiden müssen; danach ist also die „Entziehung" eine Behinderung der Ausübung des Erziehungs- 2c. Rechtes und ergibt sich als Folge, daß es darauf nicht ankommen kann, ob der Geltendmachung des Rechts schon vor der Entziehung Hindernisse entgegenstanden, oder ob der Berechtigte sein Recht überhaupt jemals oder gar unmittelbar vorher ausgeübt hat; zit. RG. R. **10** 74. Handelt es sich aber bei dem Kinderraube um das seinem Wesen nach auf einen längeren Zeitraum sich erstreckende Erziehungs- 2c. Recht, so

folgt daraus, daß auch die Entziehung auf Herbeiführung eines Zustandes von einer gewissen Dauer gerichtet sein muß, weshalb z. B. ein bloßes Spazierenführen eines Kindes den Tatbestand nicht erfüllen kann; so: zit. RG. E. 18 273, Hälschner 2 143, Geyer HH. 4 401, Frank N. II, v. Buri aO. u. GS. 29 Beilageh. S. 82, Knitschky aO. S. 297; aM.: Dresden 24. Jan. 73 St. 2 280, Oppenh.-D. N. 7. Demgemäß dauert die Entziehung i. S. des § 235 so lange, als der Zustand fortwährt, vermöge dessen die minderjährige Person der den Berechtigten (N. 3a) gesetzlich zustehenden Beaufsichtigung entrückt ist; so: RG. IV 28. Jan. 87 E. 15 340 (das deshalb eine Entziehung in dem Falle annahm, wo zwar den Kindern ein Vormund erst nach der Entfernung bestellt wurde, aber das Fernhalten des Kindes auch nach erfolgter Bestellung fortdauerte), Berlin KG. 12. Dez. 01 Jahrb. 23 C 67 (insbs. btr. der ähnlichen Vorschrift des PrG. v. 2. Juli 00 § 21), Oppenh.-D. N. II, Knitschky GS. 44 300; aM. Binding Lb. 1 116. Im übrigen erfordert das „Entziehen" hier so wenig wie im § 137 (das. N. 9), daß das Entziehungsrecht der Eltern zc. beseitigt werde, vielmehr genügt die Herbeiführung eines tatsächlichen Zustandes der oben bezeichneten Art; daß er durch örtliche Fortschaffung herbeigeführt werde, verlangt das nur in übertragener Bedeutung gebrauchte Wort „Entziehung" nicht, ebensowenig wie die Bemächtigung (§ 234 N. 3a); so: Frank N. II, Villnow aO. S. 112, 115; aM. Rubo N. 7. Den allg. Grundsätzen entsprechend (T. I Abschn. 3 N. 3) kann die Entziehung auch durch eine Unterlassung verübt werden, so z. B. durch Verschweigen des Aufenthaltes des Minderjährigen; zitt. RG. R. 10 74, E. 24 133, auch II 29. Apr. 04 E. 37 162 (btr. PrG. v. 2. Juli 00 § 21). Vollendet wird das Delikt durch die Entziehung, woraus der Unterschied der Ansichten über den Zeitpunkt der Vollendung von selbst sich ergibt, indem je nach der einen oder anderen Ansicht die Begründung eines Gewaltverhältnisses für erforderlich oder für nicht erforderlich erklärt wird.

3 a) Wenn auch § 235 wenigstens mittelbar den Schutz der „minderjährigen Personen" (§ 65 N. 4) selbst bezweckt (RG. II 30. Nov. 88 E. 18 273), so richtet der Angriff sich doch vor allem gegen das Erziehungs- bzw. Aufsichtsrecht derjenigen Personen, denen die Verfügungsbefugnis über das Rechtsgut der persönl. Freiheit der Minderjährigen zusteht (weshalb die Willensfähigkt. o. Unfähigkeit der letzteren selbst gleichgültig ist; v. Buri GS. 27 524). So im wesentlichen: RG. III 15. Okt. 03 E. 37 1, Dresden 24. Jan. 73, 9. Apr. 77, St. 2 279, 7 305, Merkel S. 313 u. HRl. „Menschenraub", Geyer HH. 3 603, v. Liszt S. 361, Oppenh.-D. N. I, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 70, während Villnow G. 24 108 das Wesentliche des Verbr. in der „quantitativen" Beraubung der persönl. Freiheit des Minderjährigen erblickt, und v. Schwarze N. 2, 4 zwischen dem einfachen und dem qualifizierten Tatbestande in der Weise unterscheidet, daß er dort das Recht der Eltern, hier „den Geraubten" selbst als das eigentliche Objekt der Straftat ansieht.

Die verfügungsberechtigten Personen, gegen die somit der Angriff sich richtet, sind, außer dem „Vormunde" (§ 34 N. 7a), dem jetzt der „Pfleger" (das. N. 7c), insofern ihm die Pflegschaft für die Person des Minderjährigen zusteht, zur Seite gestellt ist, namentl. die „Eltern"; derentwegen ist zu vergleichen § 181 N. 4 bα, denn auch hier sind unter „Eltern" die leiblichen Eltern sowie die Adoptiveltern zu verstehen, indem einerseits durch den Sprachgebrauch des StGB. die Ausdehnung auf „Verwandte aufsteigender Linie", andererseits durch den dem § 235 zugrunde liegenden Gedanken die Beschränkung auf „leibliche Eltern" ausgeschlossen erscheint; so: Binding Lb. 1 115 N. 2, Villnow G. 24 118, während v. Liszt S. 361 N. 2 u. Oppenh.-D. N. 5 weitergehend auch die Pflegeeltern mit einbeziehen (wie die früheren Aufl. des Komm.); allein die folgerichtige Entwickelung des vom RG. in E. 28 230 (vgl. § 52 N. 21) eingenommenen Standpunkts läßt den Ausschluß des sog. pflegeelterlichen Verhältnisses vom Geltungskreise des Elternbegriffs i. S. des StGB. geboten erscheinen (falls nicht besondere Gründe dagegen sprechen, wie im § 181), zumal nachdem das BGB. eine gesetzliche Regelung des pflegeelterlichen Verhältnisses absichtlich nicht aufgenommen hat; einen mittleren Standpunkt nimmt jedoch RG. III 15. Okt. 03 E. 37 1 ein, indem es ein pflegeelterliches Verhältnis, dem eine familienrechtl. Grundlage zu teil geworden, berücksichtigen will; das treffe namentl. zu, wenn das Vor-

mundschaftsgericht gemäß BGB. § 1666 die Zwangserziehung des Kindes angeordnet habe, neben der für das Erziehungsrecht der Eltern kein Raum bleibe; aM. OLA.; bedenklich auch Lindenberg DJZ. 9 1054; vgl. ferner aus der älteren Rechtsprechung RG. I 8. Nov. 86 E. 15 39 (Schlußsatz). Zu beachten ist übrigens, daß, wie der Mutter nach BGB. § 1634 i. V. mit § 1631 neben dem Vater die Sorge für die Person des Kindes zusteht, diese im Hinblick auf BGB. § 1698 auch nach Bestellung eines Pflegers der Mutter neben diesem in gleicher Weise gebührt.

Übrigens ist „Eltern" auch hier, wie in den §§ 181², 182₂, nur eine Kollektivbezeichnung für Vater oder Mutter; obschon das Aufsichts- u. Erziehungsrecht bei bestehender Ehe in der Regel den Eltern gemeinschaftlich zusteht (woran auch die Vorschriften des BGB. über die elterliche Gewalt nach § 1634 nichts ändern), so hat die Vorschrift doch zugleich denjenigen Elternteil im Sinne, dem das zu schützende Recht ausnahmsweise allein gebührt; RG. I 21. Juni 86 R. 8 465, 15. Okt. 91 E. 22 166. Vorkommendenfalls wird deshalb im schwurgerichtl. Verfahren die Fragestellung gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes eine Abänderung erfahren müssen; Oetker GS. 64 105.

An Stelle der Eltern u. des Vormundes treten nicht ohne weiteres andere Personen, z. B. Verwandte, bei denen die Minderjährige sich aufhält, obschon möglicherweise eine Entziehung der letzteren aus deren Gewalt indirekt als ein Eingriff gg. die Verfügungsgewalt der im § 235 bezeichneten Personen sich darstellt; vgl. das § 237 N. 4a₂ zit. RG. E. 29 404.

b) Nach der Ausführung zu a kann eine aus § 235 strafb. Hdlg. trotz Einwilligung des Minderjährigen vorliegen, nicht aber — von Ausnahmefällen abgesehen (N. 4) — beim Einverständnisse der Eltern oder des Vormundes; so: RG. II 30. Nov. 88 E. 18 273, Binding Hb. 1 729 N. 34 u. Lb. 1 115, Geyer HH. 3 603, 605, Hälschner 2 143, v. Liszt S. 361, Merkel S. 313, H. Meyer S. 513, v. Wächter S. 366 insbs. N. 6, Oppenh.-D. N. 1, 4, Rüd.-St. N. 3, v. Buri GS. 27 525, insbs. hinsichtlich des ersten Punktes Schütze S. 413, hinsichtlich des zweiten Merkel aO.

4) Subjekt des Verbr. können, abgesehen von dem außerehelichen Vater (Colmar OLG. 2. Dez. 90 Franz Rechtspr. 2 52), unter Umständen auch die leiblichen Eltern sein, sei es zusammen, wie z. B. den Adoptiveltern gegenüber, oder einzeln, wie z. B. die Mutter gegenüber dem Vater (RG. I 21. Juni 86 R. 8 465 btr. Code civil, das N. 2 zit. R. 10 74 btr. PrALR.; vgl. auch RG. I 15. Okt. 91 E. 22 166 u. gegen dieses: Binding Lb. 1 116 N. 1 sowie Beling ZStrW. 18 288), der Vater gegenüber der Mutter, der die elterliche Gewalt gemäß BGB. § 1684 Nr. 2 o. im Falle stattgehabter Ehescheidung die Sorge für die Person des Kindes nach § 1635 zusteht (vgl. zit. RG. R. 8 465), oder die außereheliche Mutter gegenüber dem Vormunde (Dresden 17. Juli 74 St. 4 358); so auch: Binding Lb. 1 116, v. Liszt S. 361, H. Meyer S. 513, Frank N. v, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 4, 7, Villnow G. 24 118, Knitschky GS. 44 296. Nicht minder kann ein Vormund Subjekt des Kinderraubes sein, z. B. einem Mitvormunde gegenüber, oder der Mutter gegenüber in den Fällen der §§ 1696 f. BGB.

Die minderjährige Person selbst kann weder als Täter noch als Teilnehmer zur Verantwortung gezogen werden, weil § 235 (N. 3a) wenigstens mittelbar ihren Schutz bezweckt (T. I Abschn. 3 N. 9b); RG. II 30. Nov. 88 E. 18 273 (deshalb sei auch die Teilnahme an der Selbstentziehung seitens eines Minderjährigen straflos; wenn aber der Dritte die Tat als eigene wollte und seine Tätigkeit einschließlich der von ihm vorsätzl. verursachten Mitwirkung des Minderjährigen den Tatbestand herbeiführte, so sei die Mitwirkung des Minderjährigen so zu beurteilen, als hätte dieser ohne den nötigen Dolus gehandelt).

5) Als Mittel der Entziehung kommen auch hier, wie in § 234, nur „List, Drohung oder Gewalt" in Betracht; vgl. deshalb das. N. 4f. u. wegen der Zulässigkeit ihrer alternativen Feststellung N. 7b. Insbs. ist es auch hier gleichgültig, wem gegenüber die Mittel zur Anwendung gebracht werden, wenn nur die oben dargelegten Gesichtspunkte gewahrt bleiben; sie können deshalb ebensowohl gegen den Minderjährigen selbst als auch gegen die Eltern (Berlin 10. März 76 O. 17 194) sowie endlich auch gegen dritte Personen (RG. I 21. Juni 86 R. 8 465 gg. einen mit der Abholung des Kindes betrauten Voll-

streckungsbeamten; IV 28. Jan. 87 E. 15 340 gg. einen Vormundschaftsrichter, dessen Stellung im Verhältnis zwischen Vormund u. Mündel eine solche sei, daß eine gegen ihn verübte List im ursächl. Zusammenhang mit der Entziehung die Anwendbarkeit des § 235 unbedenklich erscheinen lasse) angewendet sein; Hälschner 2 142 u. GS. 35 10, v. Wächter S. 366, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 3, Knitschky GS. 44 301. Abweichend verlangt die Anwendung der Mittel gegen den Minderjährigen Villnow G. 24 115, gegen den Gewalthaber o. den Gewaltunterworfenen Schütze S. 413.

6) Die Rechtswidrigkeit der Entziehung, die unzweifelhaft zum Tatbestande des Kinderraubes gehört, kann durch Verhältnisse verschiedener Art ausgeschlossen sein; so dem Vater gegenüber, wenn diesem das Erziehungsrecht genommen ist (weshalb bei rechtsirrtüml. Annahme einer solchen Verwirkung § 59 — das. N. 2 — Anwendung findet), der Mutter gegenüber, wenn die Entziehung dem bei bestehender Ehe regelmäßig maßgebenden Willen des Vaters entspricht, dem Vormunde gegenüber, wenn er seine Pflegebefohlenen zu verbrecherischen Hdlgen, z. B. aus § 174[1], mißbraucht.

Dagegen wird der Tatbestand keineswegs dadurch ausgeschlossen, daß dem berechtigten Elternteile prozessuale Zwangsmaßregeln auf Herausgabe der Kinder zustehen; das Vorgehen im Vollstreckungswege hindert nicht, eine hierbei vorkommende Entziehung des Kindes durch List 2c. unter § 235 zu stellen; RG. I 21. Juni 86 R. 8 465.

7) Der Dolus besteht, abgesehen von dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (N. 6 u. § 59 N. 30), in dem Wissen und Wollen des Deliktstatbestandes, was bedingt, daß der Täter gerade auch „List, Drohung o. Gewalt" (N. 5) als Mittel zum Zwecke der Entziehung habe anwenden wollen; RG. IV 27. Nov. 96 E. 29 199. Dagegen ist eine „auf Schmälerung des Rechtes der Eltern" gerichtete Absicht, oder die Absicht einer dauernden Entziehung in einem anderen, als dem N. 2 bezeichneten Sinne nicht erforderlich; Dresden 24. Jan. 73, Darmstadt 23. Sept. 78, St. 2 279, 8 172, Hälschner 2 143, Rüd.-St. N. 5. Siehe jedoch u. N. 9₂.

Straferhöhender Umstand. N. 8—10.

8) Es bildet einen, das Verg. zum Verbr. stempelnden, straferhöh. Umst. i. S. der §§ 262, 264, 266, 295 der StPO., wenn die Hdlg. in der im zweiten Satze des § 235 gekennzeichneten „Absicht" (N. 2) geschieht. Schon aus dieser Anordnung des Gesetzes ergibt sich, daß eine solche Absicht hier nicht mit dem beim Kinderraube erforderlichen Deliktsvorsatze (N. 7) zusammenfällt, sondern den, über den bloßen Vorsatz hinausgehenden Willen des Täters bezeichnet, den entführten Minderjährigen gerade zu den näher bezeichneten Zwecken zu gebrauchen, woraus folgt, daß für den Tatbestand des Verbr. insoweit Eventualdolus (§ 59 N. 6) ausgeschlossen ist. Auch das Verbrechen des Kinderraubes ist hiernach, ohne Rücksicht auf die Verwirklichung der Absicht, mit der Entziehung selbst vollendet. Andererseits wird bei der Gleichheit des Deliktstatbestandes auch hier, wie beim Vergehen, der Tatbestand durch die Einwilligung der Eltern in der Regel ausgeschlossen (N. 3b); so Hälschner 2 144; vgl. jedoch v. Schwarze N. 4.

9) Die im Gesetze hervorgehobene Absicht geht dahin, die minderjährige Person — nach Begründung eines Gewaltverhältnisses (N. 1) — zu „gebrauchen" a. „zum Betteln" (vgl. § 361[4]) oder b. „zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen". Das „Betteln" ist übrigens, wie v. Buri GS. 27 525 bemerkt, sicher ein „gewinnsüchtiger" (§ 133 N. 8) Zweck, weshalb zu a u. b eine alternative Feststllg. zulässig erscheint u. zwar in vollem Umfange, da „Zwecke o. Beschäftigungen" lediglich eine pleonastische Wendung ist; Ostern Alternativität S. 156. „Unsittlich" ist hier nicht i. e. S. des Abschn. 13 (das. N. 1), sondern i. w. S. zu verstehen; so: H. Meyer S. 513 N. 12, v. Schwarze N. 4; aM. Oppenh.-D. N. 10.

Übrigens brauchen die Zwecke, die der Täter mit dem Minderjährigen verfolgen will, obschon die „Entziehung" begrifflich eine gewisse Dauer erfordert (N. 2), nicht auch ihrerseits dauernde zu sein; so: Hälschner 2 144, Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 5, Knitschky GS. 44 303; aM. Villnow G. 24 118.

„Die — minderjährige — Person" wird nur durch eine sie persönlich treffende Weise

zu den bezeichneten Zwecken i. S. des straferhöh. Umst. gemißbraucht, nicht aber dann, wenn durch den Kinderraub anderen Personen gegenüber derartige Zwecke, von denen der Minderjährige jedoch nicht selbst berührt wird, verfolgt werden sollen; Hälschner **2** 144, Knitschky aD. S. 302.

10) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; so v. Liszt S. 376 u. v. Buri GS. **24** 525, freilich von ihrem Standpunkte (s. o. N. 2).

Idealkonkurrenz; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 11—13.

11) Wegen Idealkonk. (§ 73) mit § 169 vgl. die entsprechende Anwendung findende N. 10a zum § 234, wegen solcher mit § 236 das. N. 8, mit § 237 das. N. 4c u. das o. N. 3b zit. **RG.** E. **18** 273.

Mit § 234 kann Idealkonk. stattfinden, sofern die Absicht des Täters auf eines der dort angeführten Ziele geht und die Tat ohne Einwilligung des Kindes (N. 3b) verübt wird; Frank § 234 N. III, Knitschky GS. **44** 285.

12) Die Strafe des Vergehens ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16).

Die Hauptstrafe des vollendeten Verbrechens ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), neben welchem nach § 32 VbER. erkannt werden kann. Der Versuch des Verbr. (N. 10) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

13) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 beim Verg. in fünf, nach § 67_1 beim Verbr. in zehn Jahren.

Da das Vergehen ein Dauerdelikt ist (vgl. das N. 2 zit. **RG.** E. **15** 340), so beginnt die Verjährung (§ 67 N. 14a) erst mit dem Aufhören der Entziehung; so die GM.

Zuständig ist: wegen des Verg. (Satz 1) **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27;
wegen des Verbr. (Satz 2) **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 236.

Wer eine Frauensperson wider ihren Willen durch List, Drohung oder Gewalt entführt, um sie zur Unzucht zu bringen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und, wenn die Entführung begangen wurde, um die Entführte zur Ehe zu bringen, mit Gefängniß bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB. § 207. Entw. I § 208, II § 231. StB. S. 670.

Zu §§ 236—238. N. 1.

1) Die „Entführung", von der die §§ 236—238 handeln, kann nach der bei der Redaktion des StGB. ausweislich der Motive obwaltenden, auf die rechtsgeschichtliche Entwickelung sich stützenden Auffassung nur an einer „Frauensperson" (N. 3) begangen werden; Hälschner **2** 241. Der Ausdruck „Entführung" ist deshalb im ausgesprochenen Unterschiede von der „Bemächtigung" (§ 234 N. 3) bzw. von der „Entziehung" (§ 235 N. 2) gebraucht.

Eigentümlich ist der Entführung ferner, daß der Täter bei ihr Zwecke geschlechtlicher Art (N. 5) verfolgt; so: Berner S. 544, Geyer HH. **3** 608, v. Liszt S. 368, Löning S. 107, Merkel S. 313; aM. Frank N. IV. Nach der positiven Bestimmung des StGB. handelt es sich bei der Entführung darum, die Entführte entweder „zur Unzucht" oder „zur Ehe" zu bringen. Da übrigens die Erreichung eines dieser Zwecke hier so wenig wie im Falle des § 234 (das. N. 1) zur Vollendung der Straftat gehört (Geyer HH. **3** 616, Hälschner **2** 243, v. Liszt S. 370, Schütze S. 417, v. Wächter S. 373, Rüd.-St. N. 12, v. Schwarze N. 4), so erscheint auch hier eine Versuchs- o. richtiger (Löning S. 107) eine bloße Vorbereitungs-Hdlg. unter eine selbständige Strafandrohung gestellt (§ 43 N. 3 Abs. 1b, c).

Die Entführung setzt begrifflich voraus, daß die Entführte von ihrem bisherigen Aufenthaltsorte hinweg nach einem anderen geschafft werde (vgl. dagegen §§ 234 N. 3_2, 235 N. 2) und gleichzeitig in die Gewalt des Entführers gelange; so die GM., insbs. **RG.** III 20. Feb. 97 E. **29** 404 (btr. § 237); abweichend jedoch einerseits H.

Meyer S. 751 u. v. Liszt S. 369, ein Wegführen werde nicht verlangt, es genüge vielmehr ein Zurückhalten, andererseits v. Wächter S. 373, es sei Wegführung an einen Ort erforderlich, an dem der Entführte der willkürlichen Behandlung eines „anderen" preisgegeben sei; diese Ansicht verwechselt jedoch den mit der Entführung verfolgten Zweck mit dieser selbst. Daß die Entführung aus einer Ortschaft nach einer anderen erfolge, wird nicht erfordert; zit. **RG.**, Binding Lb. **1** 118. Wann eine, den Begriff der Entführung erfüllende Aufenthaltsveränderung stattgefunden habe, unterliegt wesentlich dem tatsächl. Ermessen; zit. **RG.**, Hälschner **2** 242. Wie lange der Zustand der Unterwerfung der Entführten unter die Gewalt des Entführers gedauert habe, ist unerheblich, sofern diesem nur die Möglichkeit gewährt wurde, den Zweck der Entführung zu verwirklichen; zit. **RG.**

Endlich erfordert der Begriff der Entführung, daß die örtliche Wegschaffung der Entführten durch ein tätiges Einwirken des Entführenden geschehe, während eine bloß psychische Beeinflussung nicht ausreichend ist; **RG.** I 26. Juni 05 **G. 52** (btr. § 237).

Zu § 236. N. 2—12.

2) Subjekt der Entführung braucht nicht notwendig eine Mannsperson zu sein und namentl. nötigt die Bestimmung des § 238 nicht zu dieser Auffassung. Abgesehen davon, daß „Unzucht" i. S. des § 236 (N. 5a) auch zwischen Frauenspersonen möglich ist, so erfordert der Tatbestand der Entführung keineswegs, daß die angestrebten geschlechtlichen Beziehungen (N. 1_2) zwischen dem Täter und der Entführten stattfinden sollen; es ist vielmehr — entsprechend dem bloß vorbereitenden Charakter der Straftat — auch eine Entführung im Interesse eines Dritten denkbar; so die GM.; aM. v. Wächter S. 372 f.

Daß der Täter die Wegführung der Frauensperson von einem Orte nach einem anderen persönlich vornehme, verlangt das Gesetz nicht; es gelten vielmehr die allg. Grundsätze über mittelbare Täterschaft (T. I Abschn. 3 N. 5 letzt. Abs.); **RG.** I 6. Mai 89 **E. 19** 159 (Ausführung der Entfernung durch einen Gehilfen im Falle des § 237).

3) Objekt der aus § 236 strafb. Entführung kann eine jede „Frauensperson" (§ 176 N. 2) sein, und zwar mit Rücksicht auf den Begriff der Unzucht i. S. des § 236 auch eine noch nicht mannbare; so: v. Liszt S. 369, Frank N. I; aM. die meisten, die Unzucht mit Beischlaf gleichachten (N. 5a). Unbescholtenheit bzw. Unverleumdetsein der Frauensperson ist kein Erfordernis; Hälschner **2** 241, Wahlberg HRl. „Entführung", Frank N. I, Rüd.-St. N. 1; vgl. auch das N. 5 zit. **RG. E. 16** 391.

Da unzüchtige Hdlgen auch unter Eheleuten denkbar sind (§ 176 N. 3), so würde an sich selbst der Ehemann die eigene Ehefrau entführen können; allein eine strafb. Hdlg. würde, wie die GM. mit Recht annimmt, wegen fehlender Widerrechtlichkeit nicht oder wenigstens nur unter besonderen Verhältnissen vorliegen, so, falls der Ehefrau gemäß ZPO. § 627 das Getrenntleben vom Ehemanne gestattet ist; Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 1.

Dagegen ist die Entführung der eigenen Braut, auch wenn sie geschieht, um letztere zur Ehe zu bringen, strafbar; Binding Lb. **1** 117, Hälschner **2** 242 N. 1, v. Wächter S. 374 N. 15, Wahlberg HRl. „Entführung", Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 1 A. 1.

Übrigens kann eine Frauensperson nur dann Objekt einer aus § 236 strafb. Entführung werden, wenn sie „wider ihren Willen" geschieht (N. 4_2). Trotzdem ist aber „Willensfähigkeit" der Frauensperson im juristischen S. auch hier nicht Erfordernis; so kann namentl. eine Geisteskranke Gegenstand der Straftat aus § 236 sein, da deren etwa tatsächlich erteilte Einwilligung rechtlich nicht in Betracht kommt; v. Liszt S. 370, Frank N. III 1, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 1.

4) Als Mittel der Entführung kommen, wie in den §§ 234, 235, nur „List, Drohung oder Gewalt" in Betracht; vgl. deshalb § 234 N. 4 f., 7b. Abweichend müssen jedoch im Falle des § 236 die Mittel der Entführten selbst gegenüber angewendet sein; denn da die Entführung „wider ihren Willen" stattgefunden haben muß, so ist erforderlich, daß der Wille der Frauensperson durch eines jener Mittel gebrochen worden sei; Hälschner **2** 243, Frank N. III 2, v. Schwarze N. 3. Gleichgültig ist deshalb, ob etwa die Eltern oder der Vormund in die Entführung einwilligten; Frank N. III 1, Billnow **G. 24** 110.

Unzulässig ist es übrigens, an Stelle von „wider ihren Willen“ „ohne ihren Willen“ (§ 220 N. 2) zu setzen; mangelnde Zustimmung genügt zur Erfüllung des Tatbestandes nicht; so: Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 6; aM. Hälschner 2 243 N. 1. Aber es muß genügen, wenn der Wille der Entführten entgegenstand, mag er auch nicht ausdrücklich erklärt worden sein und insofern bedeutet jene Wendung „wider den vom Täter richtig angenommenen Willen“; Binding Lb. 1 118, der deshalb mit Recht die Entführung bewußtloser Frauenspersonen, insofern der Täter auf den Mangel ihrer Zustimmung zutreffend rechnet, für möglich hält.

5) Die Entführung (N. 1₁) muß vorgenommen sein, um die Entführte entweder „zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen“; in diesem letzteren Worte liegt nicht, daß der Täter mit der Absicht umgehen müsse, gegen die Entführte ev. Gewalt anzuwenden oder nach bewirkter Entführung ferner gegen ihren Willen zu handeln; so die GM.; vgl. auch RG. I 6. Mai 89 E. 19 159 (btr. § 237). Auch hat durch den hervorgehobenen Ausdruck nicht gefordert werden sollen, daß nur eine unbescholtene (N. 3) o. wenigstens den unzüchtigen Absichten des Täters nicht gefügige Frauensperson Objekt sein könne; es kommt vielmehr lediglich darauf an, daß der Täter die erlangte Gewaltherrschaft für die Erreichung seiner Zwecke zu mißbrauchen beabsichtigte, derartig, daß es einen rechtlichen Unterschied nicht macht, ob die Unzucht (a) nach der Entführung erst begonnen o. nur fortgesetzt werden soll; RG. III 17. Nov. 87 E. 16 391 (btr. § 237).

a) „Unzucht“ ist in dem § 180 N. 2 erläuterten S. zu verstehen; so: Frank N. IV, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 2, während v. Liszt S. 369 u. Oppenh.-D. N. 7 Unzucht wegen der Gleichstellung mit der „Ehe“ nur als „Beischlaf“ (§ 173 N. 1) auffassen.

b) „Ehe“ kann nur von einer formell bestehenden Ehe (§ 171 N. 3a) verstanden werden. Es folgt dies zunächst aus der Natur der Sache, indem einem dahin gehenden Zwecke, die Entführte zu einer ohne weiteres nichtigen Ehe zu bringen, nur die Bemäntelung der „Unzucht“ zugrunde liegen kann. Dazu kommt die positive Vorschrift des § 238, wonach für den Fall einer Heirat zwischen dem Entführer und der Entführten die Zulässigkeit der Strafverfolgung von der Nichtigkeitserklärung abhängig gemacht wird; war die geschlossene Ehe ohne weiteres nichtig, so ist die Verfolgung nach gestelltem Strafantrage unbedingt statthaft, gleich als ob eine Heirat gar nicht eingegangen worden wäre. Geschieht die Entführung um die aufgehobene eheliche Gemeinschaft wiederherzustellen (BGB. § 1587), so wird i. S. des § 236 der Zweck, die Entführte „zur Ehe zu bringen“, als vorliegend anzunehmen sein.

6) Für den Dolus ist, abgesehen von dem Bewußtsein der Widerrechtlichkeit, von Bedeutung, daß der Begriff der Entführung die Verfolgung von geschlechtlichen Zwecken fordert (N. 1₂). Deshalb bezeichnet das „um zu“ hier, (im Gegensatz zum § 234; das. N. 6) den verfolgten Endzweck; Eventualdolus (§ 59 N. 6) ist deshalb unbedingt insoweit ausgeschlossen; Oppenh.-D. N. 7a. Der Dolus ist aber verschieden, je nachdem der eine oder der andere der hervorgehobenen Zwecke verfolgt wird, so daß zwei verschiedene Tatbestände vorliegen und die Fassung des § 236 nicht etwa dazu verleiten darf, die auf Verehelichung der Entführten gerichtete Absicht lediglich als einen strafverminb. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295 anzusehen; vgl. jedoch Binding Normen 2 602 N. 895, es diene das „um zu“ zur Charakterisierung des Verbrechensmotivs als eines Strafbarkeitsmerkmals.

Da, wie oben N. 1₂ hervorgehoben worden, die Erreichung des verfolgten Endzwecks zur Vollendung der Tat nicht gehört, so ergibt sich, daß der erstere der beiden Mischtatbestände vorliegt, wenn der Täter die Entführte zur Unzucht zu bringen bezweckte, mit ihr demnächst aber die Ehe einging, dagegen der zweite Mischtatbestand bei umgekehrter Sachlage. Vgl. auch § 238, der bei stattgefundener Ehe, ohne jede Rücksicht auf den bei der Entführung verfolgten Zweck, Anwendung findet.

7) Ein Versuch der aus § 236 strafb. Hdlgen ist denkbar, derjenige des Verg. jedoch nicht für strafbar erklärt und deshalb straflos; § 43₂.

8) Idealkonk. mit § 235 ist möglich, da weder einer der beiden Tatbestände spezieller als der andere ist, noch ein Grund zu der Annahme vorliegt, daß § 235 den

§§ 236 f. gegenüber subsidiär sei (§ 73 N. 12 f.); so RG. II 30. Nov. 88 E. 18 273; aM. Binding Lb. I 119, die §§ 236 f. gingen dem § 235 vor.

Die Frage, ob die Erreichung des angestrebten Zweckes (N. 1_2) ein real konk. Delikt (§ 74) enthalten könne o. ob Konsumtion (§ 73 N. 14) eintrete, wird mit Löning S. 107 i. S. der ersteren Alternative zu bejahen sein.

9) Zur Stellung des nach Absatz 2 erforderlichen Strafantrages (§§ 61 ff.) ist, unbeschadet der Bestimmung des § 65, die Entführte berechtigt; Hälschner 2 244, Rubo N. 9, Reber Antragsdel. S. 387. Fraglich ist, ob unter Umständen auch andere Personen als Verletzte angesehen werden können, so z. B. die Eltern, bei denen die, wenn auch schon großjährige, Entführte wohnte, oder der Ehemann bezüglich seiner großjährigen Ehefrau. Nach der Fassung des § 236, gemäß der lediglich die Entführte selbst als die Verletzte erscheint, ist die Frage mit der GM. zu verneinen. Vgl. übrigens § 238 N. 6a.

10) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), neben dem nach § 32 VbER. erkannt werden kann. Der Versuch (N. 7) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafe des Verg. ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16).

11) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim Verbr. in zehn, nach § 67_2 beim Verg. in fünf Jahren. Auch die Entführung ist ihrer Natur nach ein Dauerdelikt (Ortmann GS. 26 78 N. *); die Verjährung beginnt daher (§ 67 N. 14a) erst mit dem Aufhören der Vergewaltigung seitens des Entführers (N. 1_2); Geyer HH. 3 618, Hälschner 2 244, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 6. Vgl. übrigens § 238 N. 6b.

12) Zuständig ist: wegen des Verbr. (Satz 1) SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1];
wegen des Verg. (Satz 2) Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 237.

Wer eine minderjährige, unverehelichte Frauensperson mit ihrem Willen, jedoch ohne Einwilligung ihrer Eltern, ihres Vormundes oder ihres Pflegers entführt, um sie zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen, wird mit Gefängniß bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB. § 208. Entw. I § 209, II § 232. StB. S. 670.

Entwürfe d. EGBGB.: I Art. 16, Bundesratsvorl. Art. 8 VIII, RTvorl. Art. 33 VIII.

1) Entsprechend den Vorschlägen der Entwürfe des EGBGB. nach der Bundesratsvorl. (Art. 8 VIII) und der RTvorl. (Art. 33 VIII) beruht der Ersatz der früheren Worte „ihrer Eltern oder ihres Vormundes" durch die jetzige Fassung auf Art. 34 VIII des EG BGB. Eine etwas andere Fassung hatte Art. 16 des Entw. I ins Auge gefaßt.

2) Nach dem § 236 N. 1 entwickelten Begriff der „Entführung" kann eine solche zwar angenommen werden, wenn die Minderjährige freiwillig (N. 4a) ihr elterliches Haus verlassen hat und mit dem Täter zusammengetroffen ist, sofern festgestellt wird, daß durch die demnächstige Tätigkeit des letzteren eine Entziehung aus der elterlichen Gewalt bewirkt wurde (RG. I 8. Mai 82 E. 6 292), dagegen ist eine Entführung zu verneinen, wenn der Täter mit der Minderjährigen an demselben Orte bleibend deren Eltern durch Täuschung oder andere Mittel zur Abreise veranlaßt, um auf diese Weise die Ehe oder die Unzucht mit der Tochter zu erreichen (so: Geyer HH. 3 615, 4 402, Schütze S. 417 N. 8, v. Schwarze § 236 N. 4; aM. v. Buri GS. 27 527) oder wenn die Frauensperson nach vorheriger psychischer Beeinflussung selbständig den Ortswechsel vornimmt u. ihrem Verführer an einen verabredeten Ort nachreist; das § 236 N. 1 aE. zit. RG. I G. 52 .

Die Entführung einer Minderjährigen ist, wie auch der Kinderraub (§ 235 N. 2), trotzdem eine Fortschaffung an einen anderen Aufenthaltsort erforderlich wird (§ 236 N. 1_2), dennoch selbst dann möglich, wenn eine tatsächliche Lösung der Gewalt der Eltern ꝛc. bereits stattgefunden hatte; auch hier handelt es sich um den Bruch des Erziehungs- bzw. Aufsichtsrechtes; aM. v. Liszt S. 370 (Bruch des Schutz- u. Herrschaftsverhältnisses).

3a) Wegen des Subjektes der Entführung vgl. § 236 N. 2.

b) Objekt der aus § 237 strafb. Entführung ist nicht, wie im Falle des § 236 (das. N. 3), eine jede, sondern nur eine „minderjährige, unverehelichte Frauensperson". Unter dieser Voraussetzung kann es auch die eigene Braut sein; v. Wächter S. 374. Unbescholtenheit ist auch hier kein Erfordernis; RG. III 20. Feb. 97 E. 29 404.

α) Wegen „minderjährig" vgl. § 65 N. 4.

β) „Unverehelicht" ist nicht gleichbedeutend mit dem im § 171 (das. N. 3b) gebrauchten „unverheiratet"; denn während derjenige „unverheiratet" ist, welcher nicht verheiratet ist, also nicht in einer Ehe lebt, gleichgültig ob er noch niemals eine Ehe eingegangen oder ob solche gelöst war, bezeichnet „unverehelicht" denjenigen, der einer Verehelichung noch nicht teilhaftig geworden ist; hiernach kann eine „Witwe" oder „Geschiedene" bzw. eine Ehefrau, die in aufgehobener ehel. Gemeinschaft lebt, nicht Objekt der Entführung sein, obschon auch diese i. F. der Minderjährigkeit nach BGB. (§ 1305) der elterlichen Einwilligung zur Eingehung der Ehe bedürfen; so: Frank N. II 2, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 8; aM.: Binding Lb. 1 117, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 1a, Billnow G. 24 120. Eine Frauensperson, die in einer nicht einmal formell bestehenden, sondern ohne weiteres nichtigen Ehe lebt (§ 171 N. 3a), ist als „unverehelicht" anzusehen, so daß an einer solchen Minderjährigen Entführung begangen werden kann.

4) „Mit Willen der Minderjährigen, jedoch ohne Einwilligung ihrer Eltern, ihres Vormundes oder ihres Pflegers" hat die Entführung zu geschehen.

a) Trotz ihrer Einwilligung muß die Minderjährige, wenn überhaupt noch eine Entführung soll angenommen werden können, immer Objekt der Hdlg. bleiben; die Entführte wird „von ihren Führern weggeführt", darf aber nicht ihrerseits der betreibende Teil sein; Frank N. III, v. Buri GS. 27 527, Billnow G. 24 118. Deshalb liegt weder ein Fall der notwendigen Teiln. (T. I Abschn. 3 N. 11) vor (so mit Recht Schütze Notw. Teiln. S. 367 u. v. Kries ZStrW. 7 555), noch kann die Entführte, sollte sie auch, was möglich (RG. I 8. Mai 82 E. 6 292), bei der Aufenthaltsveränderung aktiv mittätig sein, der strafb. freiwilligen Teiln. sich schuldig machen, was auch ausgeschlossen erscheint, weil die Strafvorschrift zum Schutze der Minderjährigen gegeben ist (T. I Abschn. 3 N. 9b); so die GM.

Die Einwilligung der Eltern bzw. des Vormundes (Pflegers) kann nicht ohne weiteres ersetzt werden durch die anderer Personen, insbs. Verwandter, bei denen die Minderjährige sich etwa aufhält; nur bei einer entsprechenden Übertragung der Stellvertretung seitens der Eltern würde die Einwilligung solcher Personen der Handlung den Charakter der Entführung nehmen; RG. III 20. Feb. 97 E. 29 404.

b) Schon bei fehlender Einwilligung der „Eltern, des Vormundes oder des Pflegers" (vgl. deshalb § 235 N. 3a) liegt der Tatbestand der aus § 237 strafb. Entführung vor und es wird nicht erfordert, daß sie „wider Willen" der Eltern ꝛc. geschah (§ 236 N. 4₂); Billnow G. 24 120, Knitschky GS. 44 266. Die „Einwilligung" der Eltern ꝛc. ist zu verstehen als Einwilligung in die Entfernung ihrer Tochter zum Zwecke der Unzucht o. der Ehe; demnach schließt die Einwilligung in die Entfernung, unter Ausschluß jener Zwecke, die Möglichkeit einer Entführung nicht aus; Hälschner 2 244, Frank N. II, Rüd.-St. N. 9. Liegt aber die Einwilligung der Eltern in dem bezeichneten S. z. Z. der Tat (Binding Lb. 1 118) vor, so kann § 237 nicht Anwendung finden, gleichgültig auf welche Weise — ob etwa durch List ꝛc. — sie herbeigeführt wurde; Geyer HH. 3 617, Schütze S. 417 N. 10, Oppenh.-D. N. 4/5, v. Schwarze N. 2. Andere Personen, falls sie, wie die Mitglieder eines Familienrats (vgl. BGB. § 1872 i. V. mit § 1304) das Recht haben, zu der Verehelichung der Entführten ihre Zustimmung zu erteilen, werden trotzdem den „Eltern" bzw. dem „Vormunde" o. „Pfleger" nicht gleichgestellt werden dürfen; aM. Oppenh.-D. aO.

c) Die Frage, ob die Entführung aus § 237 gegen die Minderjährige oder gegen deren Erziehungsberechtigte oder endlich gegen beide sich richte, ist entsprechend den Ausführungen in N. 3a zum § 235 zu beantworten. Wenn auch der Schutz der Minderjährigen selbst mittelbar bezweckt wird, so richtet der Angriff sich doch wesentlich gegen das Er-

ziehungs- und Aufsichtsrecht der Eltern ꝛc., weshalb auch hier die Einwilligung der Minderjährigen (§ 235 N. 3b) das Delikt nicht ausschließt.

d) Daß die Eltern ꝛc., deren Erziehungs- u. Aufsichtsrecht beeinträchtigt wird, von dem neuen Aufenthaltsort ihres Kindes (N. 2₃) Kenntnis haben, ist für sich allein nicht geeignet, die Annahme einer Entführung auszuschließen, vielmehr ist von entscheidender Bedeutung, ob dieser Ort für die Eltern beliebig zugänglich u. ihnen so die Möglichkeit gewährt war, der Entführten rechtzeitig ihren Schutz angedeihen zu lassen; das zu a zit. RG. E. 29 404.

5) Wegen des bei der Entführung verfolgten Endzweckes vgl. § 236 N. 5, 6; zur Aufstellung verschiedener Strafandrohungen hat er hier aber nicht Veranlassung gegeben. Übrigens schließt der Umstand, daß Mißhdlgen, welche die Minderjährige in ihrem elterlichen Hause erlitten, den Beweggrund für die Einwilligung dieser und für die Handlungsweise des Entführers bildeten, nicht aus, daß durch letzteren einer der bezeichneten Zwecke, insbs. derjenige der Eingehung der Ehe, verfolgt wurde; RG. I 8. Mai 82 E. 6 292.

6) Teilnahme (T. I Abschn. 3) findet, abgesehen von der Minderjährigen selbst (s. o. N. 4a), nach den allg. Grundsätzen statt; wegen eines Falles der Beihilfe (§ 49) vgl. RG. I 6. Mai 89 E. 19 159.

7) Zur Stellung des nach Absatz 2 erforderlichen Strafantrages (§§ 61 ff.) sind die Eltern und der Vormund (Pfleger), soweit sie nach Maßgabe der Ausführungen in N. 4b bzw. § 235 N. 3a als Verletzte anzusehen sind, berechtigt; bezüglich der Ausübung ihrer Antragsberechtgg. gilt das zum § 182 N. 4 Bemerkte entsprechend. Es ist aber nach der Ausführung o. N. 4c ferner auch die Entführte selbst als antragsberechtigt zu erachten; aM.: Geyer 2 29, v. Liszt S. 370, v. Wächter S. 375, Frank N. VI, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 4, Reber Antragsdel. S. 387. Vgl. übrigens § 238 N. 6a.

8) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren; vgl. auch § 238 N. 6b.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 238.

Hat der Entführer die Entführte geheirathet, so findet die Verfolgung nur statt, nachdem die Ehe für nichtig erklärt worden ist.

PrStGB. § 209. Entw. I § 210, II § 233. StB. S. 670 f., 1173.

Entwürfe d. EGBGB.: I (fehlt); Bundesratsvorl. Art. 8 IX; RTvorl. Art. 33 IX.

1) Entsprechend den Vorschlägen des Entw. des EGBGB. nach der Bundesratsvorl. (Art. 8 IX) u. der RTvorlage (Art. 33 IX) beruht der Ersatz des Wortes „ungültig" der früheren Fassung durch „nichtig" auf Art. 34 IX des EGBGB. Der Entw. I hatte eine Abänderung noch nicht vorgesehen.

2) Wie die Ausdrücke „Entführer" und „Entführte" dartun (§ 236 N. 1), ist § 238 auf die §§ 234, 235 nicht zu beziehen; RG. II 30. Nov. 88 E. 18 273, mit der selbstverständlichen Ausführung, daß das auch für den Fall einer Idealkonk. (§ 236 N. 8) gelte. Dagegen findet seine Bestimmung sowohl auf § 236 als auch auf § 237 Anwendung.

3) Vorausgesetzt wird zunächst, daß „der Entführer die Entführte geheiratet hat", d. h. daß er mit ihr eine formell gültige Ehe eingegangen ist (§ 171 N. 3a), gleichgültig ob er bei der Entführung selbst bereits den Zweck der Eheschließung mit der Entführten verfolgte oder nicht (§ 236 N. 6₃). Hat nicht der Entführer selbst, sondern der Dritte, in dessen Interesse die Entführung begangen wurde (§ 236 N. 2), die Entführte geheiratet, so findet die Vorschrift des § 238 keine Anwendung, denn eine ausdehnende Auslegung des Wortes „Entführer" wird durch den Geist des Gesetzes nicht gefordert; so: Frank N. II, Oppenh.-D. N. 1; aM.: Geyer HH. 3 618, Schütze S. 418 N. 11, v. Schwarze N. 3. Freilich darf der „Dritte" (der „Heiratende") nicht i. S. des T. I Abschn. 3 Teilnehmer sein; ist das der Fall, so ist er auch „Entführer"; unter dieser Voraussetzung ist aber nicht nur seine Verfolgung vor der Ungültigkeitserklärung ausgeschlossen (aM. Frank N. I), sondern „die Verfolgung" überhaupt, also auch gegen den Täter, der die

Entführte seinerseits nicht geheiratet hat. Wurde die Entführung in Mittäterschaft verübt (§ 47), so ist die Verfolgung gegen alle ausgeschlossen, falls einer die Entführte heiratet. Dagegen ist die Verfolgung statthaft, wenn ein Anstifter o. Gehilfe die Entführte heiratet; denn diese Personen sind nicht „Entführer"; so Frank aO.; aM. v. Liszt S. 371 wie die früheren Aufl. des Komm.

4) Ist die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten geschlossen worden, so darf eine Verfolgung nur stattfinden, „nachdem die Ehe für nichtig erklärt worden ist". Daß die Nichtigkeitserklärung wegen der Entführung erfolgt sei, verlangt das Gesetz nicht; so: Geyer HH. 4 402, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 4 u. GS. 24 74; aM. Villnow G. 24 120. Die eine gültige Ehe voraussetzende Scheidung (§ 172 N. 7) macht die Strafverfolgung nicht zulässig; Oppenh.-D. aO., Rubo N. 4, Villnow aO.

Es handelt sich hiernach um eine außerhalb des Deliktstatbestandes liegende, zweite Bedingung der „Verfolgung", nicht der Strafbarkeit, wie durch den Wortlaut des Gesetzes selbst hier völlig klargestellt wird; vgl. § 170 N. 6a; aM. v. Liszt S. 370.

5) Das Antragserfordernis (§§ 236_2, 237_2) bleibt für den Fall des § 238 bestehen. Die dem § 233 des Entw. in der zweiten Beratung des RT. gegebene, dies ausdrücklich hervorhebende Fassung (vgl. Aktenst. Nr. 132 S. 482 „. . . so findet die Verfolgung auf Antrag nur statt 2c. . ."), wurde in der dritten Beratung durch Streichung der Worte „auf Antrag" lediglich abgeändert, weil diese Worte bereits bei den §§ 236, 237 ständen.

6) Der § 238 äußert seine Wirkung insbs. auch noch btr. der Berechnung:

a. der Antragsfrist; sie beginnt im Falle stattgefundener Heirat erst mit dem Tage der Kenntnis von der Rechtskraft des die Nichtigkeit der Ehe erklärenden Urteils (vgl. § 172 N. 9d; aM. Oppenh.-D. § 237 N. 9). Das gilt für alle Fälle einer Heirat der Entführten durch den Entführer, mag sie auch erst eine längere Zeit nach der Entführung stattgefunden haben; der bereits vor der Heirat abgelaufene Teil der Antragsfrist, wie sie zu berechnen gewesen sein würde, falls es zu einer Heirat überhaupt nicht gekommen wäre, bleibt außer Betracht; Rüd.-St. N. 11;

b. der Verjährungsfrist; die Verjährung ruht, da, bei der stets erst nach der Vollendung der Tat (N. 3) erfolgenden Eheschließung, die Fortsetzung des Strafverfahrens von der Entscheidung über die Ungültigkeit der Ehe abhängig ist (§ 69 N. 6 I c), so lange, bis eine rechtskräftige Nichtigkeitserklärung vorliegt; Geyer 1 200 u. HH. 4 402, v. Wächter S. 311, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze GS. 24 73.

§. 239.

Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches der persönlichen Freiheit beraubt, wird mit Gefängniß bestraft.

Wenn die Freiheitsentziehung über eine Woche gedauert hat, oder wenn eine schwere Körperverletzung des der Freiheit Beraubten durch die Freiheitsentziehung oder die ihm während derselben widerfahrene Behandlung verursacht worden ist, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Monat ein.

Ist der Tod des der Freiheit Beraubten durch die Freiheitsentziehung oder die ihm während derselben widerfahrene Behandlung verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

PrStGB. § 210. Entw. I § 211, II § 234. StB. S. 671.
Vgl. § 341.

Zu § 239 Absatz 1. N. 1—8.

1) „Persönliche Freiheit", als Tatbestandsmerkmal der sog. Freiheitsberaubung oder Gefangenhaltung, ist im § 239 i. e. S. gebraucht als wie in der Überschrift des Abschnitts. Das Wesen des, abgesehen von der Strafandrohung, mit § 239_1 wörtlich übereinstimmenden § 210_1 des PrStGB. wurde darin gefunden, daß das Verg. gegen die freie Selbstbestimmung der Person rücksichtlich ihres Aufenthaltes sich richte, weshalb auch in den ersten Entwürfen die Bezeichnung „widerrechtliche Gefangenhaltung" gewählt worden war; vgl.: Goltd. Mat. 2 448, Hälschner System 2 182, Oppenh. PrStGB. § 212 N. 10. Zu der gleichen Auffassung führt der Wortlaut der Bestimmung des § 239 selbst; denn daraus, daß der „Einsperrung eines Menschen" jede „auf andere Weise erfolgende Beraubung des Gebrauches der persönlichen Freiheit" zur Seite gestellt wird, ist zu entnehmen, daß es im Falle des § 239 überhaupt nur um die Freiheit in der Wahl des Aufenthaltsortes sich handele; RG. I. 18. Okt. 80 R. 2 346, III 26. Apr., II 28. Nov. 82, E. 6 231, 7 259, Binding Lb. 1 96 u. Normen 2 530, Geyer HH. 3 590, Merkel S. 312, H. Meyer S. 507, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 2, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 62.

2) Objekt der strafb. Hdlg. kann folgeweise jeder Mensch sein, auch der, im juristischen S., nicht willensfähige (v. Buri GS. 27 528), wenn er nur „jenen Grad physischer Entwickelung hat, welcher irgendwelche willkürliche Bewegungen gestattet und welcher nur bei den allerschwersten Geisteskrankheiten und bei den allerkleinsten Kindern fehlt" (Geyer HH. 4 390, Frank N. 1), ja selbst derjenige, der sich selbst nicht zu bewegen vermag, sofern andere ihn seinem Wunsche gemäß fortbewegen können; Merkel S. 312, auch Binding Lb. 1 98 (der jedoch noch weitergehend ev. die Wärter der Bewegungsunfähigen, die einen Willen der Fortbewegung nicht haben, als unmittelbare Objekte der Nötigg. ansieht). Deshalb auch ein sinnlos Betrunkener o. ein Schlafender (N. 6), insofern entweder dem vorher vorhandenen Willen oder dem Willen nach Wiedererlangung des Bewußtseins entgegengehandelt wird; Frank aO., Knitschky GS. 44 265.

3) Eine „Beraubung des Gebrauches der persönlichen Freiheit" in dem N. 1 erläuterten S. ist im allg. Verhinderung (§ 46 N. 11b), d. h. gänzliche, wenn auch vorübergehende, Unmöglichmachung der auf Freiheit der Bewegung gerichteten Willensbetätigung (nicht der Willensentschließung; so jedoch Heberle Hypnose S. 15) eines anderen; so: RG. III 26. Apr. 82 E. 6 231, Binding Lb. 1 98 u. Normen 2 530, v. Liszt S. 359, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze S. 656, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 62, Herbst G. 26 47; aM. Geyer 2 27, eine „absolute Unfreiheit" finde sich nicht einmal bei den Strafgefangenen (allerdings, sofern nicht Gesetz, Reglement und Verwaltungspraxis Freiheit gewähren!). Wer gar nicht den Willen hegt, seinen Aufenthalt zu verändern, kann daher auch nicht i. S. des § 239 seiner Freiheit beraubt werden; RG. I 9. Apr. 00 E. 33 234, Binding Lb. 1 98, Frank N. 1. Schon daraus ergibt sich die Wirksamkeit der Einwilligung (N. 8b). Dagegen folgt nicht daraus, daß der Eingesperrte der Freiheitsbeschränkung überhaupt sich bewußt geworden sein müsse (N. 6); denn wenn jemand an der Betätigung seines bereits gefaßten Willens, seinen Aufenthaltsort zu ändern, z. B. durch plötzliche Chloroformierung, gehindert wird (N. 4_2), so ist der Tatbestand der Freiheitsberaubung gegeben, ohne daß der ihrer Beraubte dessen sich bewußt geworden. Dabei bleibt richtig, wie Merkel S. 312 hervorhebt, daß Hdlgen, die direkt die Freiheit des Willens selbst, nicht die Betätigung in der hervorgehobenen Richtung ausschließen, wie z. B. die Herbeiführung einer die Freiheit der Willensbestimmung ausschließenden Betrunkenheit, nicht unter § 239 fallen.

Eine Verhinderung der bezeichneten Art liegt zunächst vor bei Anweisung eines bestimmten Aufenthaltsortes, die auch durch ein Zurückhalten in einem Raume geschehen kann; Berlin 11. Dez. 72 G. 20 544. Sie kann aber ferner in der Durchführung einer Aufenthaltsortsveränderung liegen, wie z. B. in der Mitführung behufs widerrechtlicher vorläufiger Festnahme; so die GM., insbs. RG. III 7. Juli, I 18. Okt. 80, E. 2 292, R. 2 346; aM.: Binding Lb. 1 97, Billnow G. 24 110. Dagegen ist als eine Freiheitsberaubung die bloße Hinderung in der freien Bewegung, deren bloße Erschwerung, nicht anzusehen;

56*

so das zit. RG. E. 6 231 (btr. die Wegnahme der Kleider eines Badenden; vgl. jedoch N. 6_2). Deshalb liegt jene auch nicht in der Verhinderung, in einer bestimmten Richtung sich zu bewegen, bzw. in dem Ausschlusse von einem Orte; Merkel S. 312, H. Meyer S. 507.

4) Hinsichtlich der Mittel der Freiheitsberaubung spricht das Gesetz sich nicht aus; man hat deshalb die Frage, ob der Gebrauch der Freiheit verhindert worden sei, als eine „bloß tatsächliche" (RG. III 7. Juli 80 E. 2 292) bzw. die Mittel an sich für gleichgültig erachtet, wenn nur das Verhalten des der Freiheit Beraubten durch sie herbeigeführt worden sei und nicht als dessen freies Tun erscheine; v. Liszt S. 360. Allein diese Auffassung würde nicht gerechtfertigt sein, wenn die Freiheitsberaubung, wie namentl. Binding Lb. 1 98 u. Normen 2 530, Herbst G. 26 47 u. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 206 behaupten, nichts anderes als ein hervorgehobener Fall der Nötigung wäre, denn die einzigen Mittel der letzteren sind Gewalt und Drohung; vgl. § 240 N. 2.

In Frage wird insbs. kommen, ob List als Mittel der Freiheitsberaubung gedacht werden könne; diese Frage wird von Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 63 u. Geyer 2 27 (vgl. auch HH. 3 591, 617 N. 2, 4 389) bejaht. Daß auch durch Betäubung eine Freiheitsberaubung ausgeführt werden könne, wird nicht bezweifelt; vgl. z. B. Herbst G. 26 49, der dieses gerade mit Berufung auf Binding Normen 2 526 N. 755 behauptet, sowie v. Lilienthal ZStrW. 7 372; vgl. auch das. 2 92 sowie Heberle Hypnose S. 15 ff. btr. der Beraubung des Gebrauchs der persönl. Freiheit durch Hypnotisieren; ebenso Ortloff GS. 60 329. Man weicht wesentlich nur in der Auffassung der „Betäubung" als „List" oder als „Gewalt" voneinander ab; vgl. jedoch v. Liszt S. 354 N. 6, es sei zu unterscheiden, ob der stets eine Freiheitsberaubung darstellende Zustand der Betäubung durch Gewalt, Drohung o. List herbeigeführt worden sei. Ist die oben § 234 N. 5a vertretene Ansicht richtig, daß Betäubung keine Gewalt, sondern List sei, so ist damit zugleich erwiesen, daß die Freiheitsberaubung nicht eine bloße Art der Nötigung ist (so auch v. Schwarze S. 656; aM. Hälschner 2 134, weil er List als geeignetes Nötigungsmittel auffaßt), da außer den bei letzterer allein in Betracht kommenden Mitteln der Gewalt und der Drohung auch ein anderes Mittel zulässig ist.

5) Die Ausführung der Freiheitsberaubung kann nicht bloß direkt, sondern auch indirekt in der Weise geschehen, daß der Täter eines Dritten, der die Freiheitsberaubung ohne Dolus vornimmt, als Mittels sich bedient; es kann z. B. Freiheitsberaubung verübt werden durch Irreleitung eines Polizeibeamten oder durch Täuschung eines Irrenanstaltsdirektors; so die GM., insbs. RG. II 19. März 86 E. 13 426 (vgl. jedoch N. 8b).

Auch durch eine Unterlassung kann nach den allg. Regeln (§ 1 N. 3a, E. I Abschn. 3 N. 3) eine Freiheitsberaubung verübt werden; RG. II 20. Okt. 93 E. 24 339.

6) Vollendet ist die Freiheitsberaubung, sobald eine Verhinderung der Bewegungsfreiheit, eine „Freiheitsentziehung" (Abs. 2) eingetreten ist; ob der Eingesperrte dieser sich bewußt geworden, ist gleichgültig (N. 3_1); RG. II 28. Nov. 82 E. 7 259. Gelingt die Verhinderung nicht, tritt z. B. lediglich eine Erschwerung der freien Bewegung ein (N. 3_2), so liegt nur ein Versuch der Freiheitsberaubung vor, der, soweit es um das Verg. aus Abs. 1 sich handelt, als solcher nicht strafbar ist (§ 43_2); vgl. jedoch § 240 N. 15.

Wann eine Verhinderung anzunehmen sei, unterliegt wesentlich tatsächlicher Beurteilung, bei der auch auf die Persönlichkeiten gerücksichtigt werden muß; so RG. III 7. Juli 80 E. 2 292 (die in dem Befehle eines vermeintlichen Beamten, ihm zu folgen, liegende Drohung mit den aus dem Ungehorsam gegen einen solchen Befehl entspringenden Nachteilen sei genügend), 1. Okt. 96 G. 44 249 (moralisches Festhalten an einem Orte durch Androhung von Mißhdlgen), ferner: H. Meyer S. 507, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 1, v. Buri GS. 27 528. Zu beachten bleiben jedoch zwei rechtliche Gesichtspunkte; vgl. RG. I 7. Okt. 95 E. 27 360. Einerseits braucht die Unmöglichkeit, aus dem Raume willkürlich sich zu entfernen, keine absolute, durch den Eingesperrten nicht zu überwindende zu sein; so RG. II 20. Apr. 83 E. 8 210 (es komme auch ein „Verstoß gegen die Sitte" in Betracht, der z. B. für eine Frau in einem Wege durchs Fenster liegen könne), IV 19. Feb. 86 R. 8 128 (die Möglichkt., einen Verschluß durch eine bei außerge-

wöhnlicher Aufmerksamkeit auffindbare Manipulation des Hebens der Tür zu beseitigen, mache jenen nicht zu einem bloß scheinbaren); so wird unter Umständen auch die Gefahr, im Falle der Entfernung durch Betreten fremder Grundstücke eines Hausfriedensbruchs sich schuldig zu machen oder wenigstens einer Verfolgung wg. einer solchen sich auszusetzen, zur Annahme einer Freiheitsberaubung ausreichen. Andererseits darf die Verhinderung nicht bloß in dem Dafürhalten des angeblich Eingesperrten bestehen; so: RG. IV 10. Nov. 85 R. 7 657, zit. R. 8 128 (im Falle der Möglichkeit der ordnungsmäßigen Öffnung des Türschlosses durch Heben des Hebels könne die irrige Voraussetzung, daß die Tür sich nicht öffnen lasse, den objektiven Tatbestand nicht ersetzen), I 9. Apr. 00 E. 33 234, Binding Lb. 1 100, Geyer 2 27, Oppenh.-D. N. 1; aM.: v. Liszt S. 359, H. Meyer S. 508; vgl. aber auch Hälschner 2 134 (das Wesentliche sei, daß der Betreffende wirklich wider seinen Willen in dem Raume verblieben sei) u. Frank N. II. Bei irrtümlicher Annahme des Täters, eine Freiheitsberaubung verursacht zu haben, würde nur ein nicht strafb. Versuch (Abs. 1) vorliegen; zit. RG. R. 7 657.

Die Dauer der Verhinderung ist für die Vollendung der Tat einflußlos; jede meßbare Dauer der Einsperrung genügt. So: RG. III 7. Juli 80, 18. Juni 81, E. 2 292, R. 3 416, II 28. Nov. 82 E. 7 259 (dieses allerdings mit der Erwägung, ob bei einem minimalen Zeitraum zwischen dem Einsperren und der Wiederaufhebung der es bewirkenden Maßregel der Zustand der Unfreiheit überhaupt eingetreten sei), Binding Lb. 1 100 u. Normen 2 530, Geyer 2 27, Hälschner 2 136, John HRl. „Gefangenhaltg.", Oppenh.-D. N. 4, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 67. AM.: Geyer HH. 3 591, v. Schwarze N. 8, v. Buri aO. S. 537, die Herbeiführung eines Zustandes der Unfreiheit von einiger Dauer verlangen.

7) „Einsperrung" ist eine mittels der Beschaffenheit des Ortes selbst durchgeführte Anweisung eines bestimmten Aufenthaltsortes (vgl.: RG. III 7. Juli 80, II 28. Nov. 82, E. 2 292, 7 259, Geyer HH. 4 399, Hälschner 2 134), also lediglich eine ihrer praktischen Bedeutung wegen an erster Stelle hervorgehobene Art der Freiheitsberaubung; Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 62. Ein „Einsperren" in einen „offenen Raum", das v. Buri GS. 27 528 für möglich hält, erscheint als ein Widerspruch in sich; dagegen ist keineswegs erforderlich, daß der Raum, in den jemand eingesperrt wird, ein „umschlossener" sei, wie häufig (so von Berlin 11. Dez. 72 G. 20 544 u. Schütze S. 414) verlangt wird. Zur Einsperrung kann nicht nur ein Ort dienen, der einen dem Eingesperrten unbekannten Ausgang enthält, falls nur der Täter auf diese Unkenntnis rechnet (Geyer 2 27 u. HH. 3 591 N. 2), sondern namentl. auch ein Raum, dessen Ausgang durch einen Menschen bewacht wird; Geyer 2 27, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 2, Villnow G. 24 121.

Wie die Freiheitsberaubung im allg. (N. 6_3), so unterliegt insbs. auch die Einsperrung der konkreten Beurteilung im Einzelfalle; vgl. z. B. RG. III 18. Juni 81 R. 3 416.

8) „Vorsätzlich und widerrechtlich" muß die Freiheitsberaubung nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes sein.

a) Der erstere Ausdruck dient zunächst zur Ausschließung der fahrlässigen Freiheitsberaubung. Im übrigen muß der Vorsatz, entsprechend dem objektiven Tatbestande (N. 3), auf die völlige Aufhebung der Bewegungsfreiheit gerichtet sein; RG. III 26. Apr. 82 E. 6 231. Allerdings genügt auch hier eventueller Dolus (§ 59 N. 6); daß die Freiheitsberaubung der Endzweck des Handelns sei, ist nicht erforderlich, der angestrebte Zweck vielmehr gleichgültig; RG. II 28. Nov. 82 E. 7 259, IV 27. Juni 84 R. 6 481; vgl. jedoch das zit. RG. E. 6 231, den „Vorsatz" verneinend, weil festgestellt sei, Angekl. habe über den Zweck der momentanen Verhinderung des Erscheinens der nackten Personen auf dem Ufer und der Identifizierung ihrer Persönlichkeit durch Retention der Kleider hinaus, nicht in dem Bewußtsein gehandelt, die badenden Personen an einem best. Orte zwangsweise festzuhalten.

b) Der letztere Ausdruck ist überflüssig, da eine „rechtmäßige" Freiheitsentziehung nicht unter das Strafgesetz fallen kann; Binding Normen 1 117. Im PrStGB. § 211 erhielt das Wort „widerrechtlich" eine nähere, negative Erläuterung, indem eine widerrechtliche

Freiheitsberaubung ausdrücklich in den Fällen einer vorläufigen Festnahme, sowie der Fürsorge für einen Geisteskranken als „nicht vorhanden" erklärt wurde. Sachlich gilt jetzt ein gleiches (vgl. auch § 341); insbs. hat aber RG. II 19. März, 25. Mai 86, E. **13** 426, R. **8** 390 angenommen, daß Polizei- u. Sicherheitsbeamte nach StPO. § 161_1 berechtigt seien, Zeugen einer strafb. Hdlg., falls sie die Auskunft über ihre Person verweigern, zwangsweise behufs ev. Vorführung vor den Richter (StPO. §§ 50, 69) zu gestellen (aM. Kronecker G. **34** 409 ff.), und daraus gefolgert, daß, falls ein Verletzter, der Anspruch auf Ausübung der Zeugenpflicht habe, die Gestellung eines Zeugen durch einen Polizeibeamten herbeiführe, § 239 auch dann unanwendbar sei, wenn die Gestellung durch Täuschung des Beamten bzw. sogar in der subjektiven Meinung der Widerrechtlichkt. bewirkt wurde (aM. wegen des Mittels der Täuschung OKA., N. 8 204). Die Widerrechtlichkeit ist ferner durch erlaubte Selbsthilfe (vgl. BGB. § 229 sowie RG. III 17. Juni 81 R. **3** 416, II 28. Nov. 82 E. **7** 259) bzw. Notwehr (vgl. § 53 sowie RG. II 11. März 98 G. **46** 200) oder durch das Recht auf vorläufige Festnahme gemäß StPO. § 127 (RG. II 5. Nov. 01 E. **34** 443), häufig auch durch die Erziehungsrechte der Eltern, Vormünder und Lehrer (so die GM.), dagegen wohl niemals durch die Befugnisse des Dienstherrn ausgeschlossen; vgl. GS. **26** 468 u. für das Gebiet der PrGesindeO. v. 8. Nov. 1810 RG. II 17. Nov. 91 G. **39** 331. Auch durch die Einwilligung des Betreffenden, die übrigens schon an sich den Tatbestand beseitigt (N. 3_1; so auch Hälschner **1** 471), würde jedenfalls die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen sein, jedoch nur auf so lange, wie die jederzeit zurückziehbare Einwilligung dauert (vgl. PrGefängnisO. f. die Justizverwaltung v. 21. Dez. 1898 — JMBl. S. 292 — § 87_8 Schlußsatz); so: Binding Hb. **1** 720, Geyer HH. **3** 593, Merkel S. 312, H. Meyer S. 508, v. Schwarze N. 6, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 66, Ortmann G. **26** 200; aM. Rubo N. 7.

Soweit auf Grund der angedeuteten besonderen Verhältnisse an sich eine Befugnis zur Freiheitsberaubung zusteht, wird sie dennoch durch Überschreitung der Befugnis eine widerrechtliche; so nahmen widerrechtliche Freiheitsberaubung an: zit. RG. R. **3** 416 bei Überschreiten der erlaubten Selbsthilfe durch Ausdehnung der Einsperrung auf eine dritte unbeteiligte Person, um sie gegen denjenigen wirksam zu erhalten, gegen den sie gerechtfertigt war; I 13. Feb. 88 E. **17** 127 bei Überschreitung des Rechts zur vorläuf. Festnahme durch Hinausgehen über den Zweck der Ermöglichung o. Sicherung der strafrechtl. Verfolgung; vgl. auch § 341 N. 3.

Da die Widerrechtlichkeit in den Tatbestand aufgenommen ist, so muß auch zweifellos das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit beim Täter vorliegen (§ 59 N. 30_4); so die GM., insbs. RG. zit. R. **6** 481, I 11. Mai 85 E. **12** 194, II 27. Sept. 87 R. **9** 471.

Zu § 239 Absatz 2 u. 3. N. 9—11.

9) Die Absätze 2 u. 3 enthalten straferhöhende Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, die das Verg. der Freiheitsberaubung zu einem Verbr. erheben.

a) Zunächst die „über eine Woche" d. h., wie die GM. richtig annimmt, über sieben Tage gemäß natürlicher Berechnungsart (§ 19 N. 2) dauernde Freiheitsentziehung.

b) Demnächst die „Verursachung" (T. I Abschn. 4 N. 3) gewisser Folgen, und zwar nach Abs. 2 einer „schweren Körperverltzg." (§ 224), nach Abs. 3 des „Todes", entweder „durch die Freiheitsentziehung" selbst, oder „durch die dem der Freiheit Beraubten während der Freiheitsentziehung widerfahrene Behandlung", von welcher letzteren das Gesetz nicht verlangt, daß sie vom Täter oder Teilnehmer selbst ausgegangen sei (so: Binding Lb. **1** 101, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 68; aM.: v. Schwarze N. 10, Villnow G. **24** 122); sie kann namentl. auch in der Einwirkung der schlechten Beschaffenheit des angewiesenen Aufenthaltsorts gefunden werden; Oppenh.-D. N. 16, v. Schwarze, Bruck aO. Ob die Verursachung durch die „Freiheitsentziehung" selbst oder die „Behandlung" erfolgte, erscheint gleichwertig und deshalb alternative Feststllg. zulässig (Ostern Alternativität S. 156), entschieden unzulässig aber ist sie betreffs der verursachten Folgen, die die Anwendung verschiedener Strafgesetze bedingen; aM. anscheinend Ostern aO. N. 8.

10) Darauf, ob die Dauer der Freiheitsentziehung über eine Woche oder eine der in den Abs. 2, 3 bezeichneten Folgen beabsichtigt gewesen, legt das Gesetz kein Gewicht; Binding Normen 2 532 N. 764, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 207. Hinsichtlich der Folgen (N. 9b) ist sogar geradezu, trotz des gebrauchten Ausdrucks „schwere Körperverletzung" (§§ 221 N. 11, 224 N. 1), anzunehmen, daß der Gesetzgeber sie nur als unbeabsichtigte gedacht hat, da für den Fall ihrer absichtlichen Herbeiführung die §§ 224, 211, 212, die zutreffenden Bestimmungen enthalten; aM. Villnow G. 24 122, sowie Rubo N. 14, der ev. Idealkonk. mit den §§ 211, 212 annimmt.

11) Ein Versuch des Verbr. ist nur insofern denkbar, als die Folgen durch die nicht zur wirklichen Freiheitsentziehung und somit nicht zur Vollendung des Verbr. (N. 6) führende Tätigkeit verursacht wurden (§ 43 N. 5_2); so: v. Liszt S. 360, v. Buri GS. 28 529; aM.: Oppenh.-D. N. 18, Rubo N. 13, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 67, Baumgarten Versuch S. 366, die die Möglichkeit eines Versuchs überhaupt verneinen. Danach ist ein Versuch der ersten Alternative des Abs. 2 (Freiheitsentziehung über eine Woche) ausgeschlossen; gerade hier aM. Merkel S. 312, falls die Hdlg. in erkennbarer Weise auf eine Freiheitsberaubung von solcher Dauer gerichtet gewesen sei; s. jedoch N. 10. Vgl. Thomsen Versuch S. 68, 160 f.

Verhältnis zu anderen §§.; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 12—14.

12) Eine Freiheitsentziehung i. S. des § 239 tritt auf kürzere oder längere Zeit bei manchen eine Vergewaltigung der angegriffenen Person enthaltenden Delikten ein, so namentl. bei den Verbr. aus §§ 176 [1], 177 sowie beim Raube u. der Erpressung (§§ 249 ff.); diese Gesetze sind spezieller gegenüber dem § 239, in dem lediglich die Freiheitsberaubung als solche mit Strafe bedroht wird, bzw. die gegen diese gerichtete Strafandrohung ist den anderen Strafandrohungen subsidiär, weshalb von einer Idealkonk. mit § 239 keine Rede ist (§ 73 N. 12b, 13b). So: Geyer HH. 3 591, Hälschner 2 135, Schütze S. 414, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 64, auch John HRl. „Gefangenhltg." jedoch mit dem unrichtigen Zusatze, daß § 239 Anwendung finde, falls die Strafe der Freiheitsentziehung die schwerere sei. AM. v. Schwarze N. 5, auch Frank N. VIII, unrichtig behaupte die GM. schlechthin Ausschluß der Idealkonk.

Sonderbestimmungen der bezüglich durch einen Beamten verübten Freiheitsberaubung enthalten die §§ 341, 345. Dagegen ist Idealkonkurrenz (§ 73) namentlich denkbar mit den Delikten aus:

§ 113; Oppenh.-D. N. 12, Bruck aO.;

§ 164; sie liegt vor, sobald der Täter durch die falsche Aussage mittels des irregeleiteten Beamten (N. 5) den Beschuldigten seiner Freiheit beraubt; so: Oppenh.-D. N. 5, v. Buri GS. 27 528; aM.: Geyer HH. 3 594, 4 400, Bruck aO. S. 63. Die Strafe ist bei Konkurrenz des Abs. 1 aus § 164, bei Konkurrenz der Abss. 2 o. 3 aus diesen zu bemessen;

§§ 223 ff. (vorsätzl. Körperverltzg.), sobald die Freiheitsberaubung mittels Gewalt an der Person oder mittels einer eine Gesundheitsbeschädgg. verursachenden Betäubung verübt wird (N. 4_3); Herbst G. 26 40 ff., insbs. S. 49 hinsichtlich der Betäubung;

§ 240; vgl. das. N. 14b, 15 sowie o. N. 4, 6.

13) Die Strafe des Verg. (Abs. 1) ist Gefängnis v. 1 T.—5 J. (§ 16).

Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus, und zwar im Falle des Abs. 2 von 1—10, des Abs. 3 von 3—15 J. (§14_2). Für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) beträgt die Hauptstrafe Gefängnis bis 5 J., und zwar nach Abs. 2 von 1 Mt., nach Abs. 3 von 3 Mt. ab. Als Nebenstrafe kann sowohl neben Zuchth. als auch neben Gef. nach § 32 VdEN. erkannt werden. Der Versuch (N. 11) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

14) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 beim Verg. (Abs. 1) in fünf, nach § 67_1 beim Verbr. aus Abs. 2 in zehn, beim Verbr. aus Abs. 3 in funfzehn Jahren.

Da die Freiheitsberaubung ihrer Natur nach ein Dauerdelikt ist (so: RG. IV 23. Feb. 94 E. 25 147, v. Liszt S. 360, Frank N. VI, Ortmann GS. 26 78 N.*; aM. Binding Hb. 1 543, der sie den Zustandsdelikten — § 73 N. 5c — zuzählt), so beginnt die Verjährung erst mit dem Aufhören der Freiheitsentziehung (§ 67 N. 14a); so die GM. Ohne

Bedeutung für den Beginn der Verjährung ist aber der Eintritt der schweren Körperverletzung oder des Todes; § 67 N. 9.

Zuständig ist: wegen des Verg. (Abs. 1) Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27;
wegen des Verbr. (Abs. 2, 3) SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 240.

Wer einen Anderen widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nöthigt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 212. Entw. I § 212, II § 235. StB. S. 671 f.
Entw. d. StGB. Art. I § 240. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 814 f.

1) „Nötigung" (§ 52 N. 2) ist an sich die vorsätzliche Verursachung (T. I Abschn. 3 N. 2) einer den Genötigten zu einer bestimmten „Handlung", „Duldung" (§ 176 N. 6) oder „Unterlassung" — bezüglich welcher gleichwertigen Merkmale eine alternative Feststellung zulässig ist (Wertheimer Mischgesetze S. 51) — veranlassenden Notlage. Wann eine solche Notlage anzunehmen sei, ist wesentlich tatsächlich zu beurteilen; sie ist nicht deshalb unbedingt zu verneinen, weil der Vergewaltigte bzw. Bedrohte (N. 2) dem Einflusse der gegen ihn angewendeten Mittel durch Widerstand, Flucht, staatliche Hilfe sich entziehen konnte, keinesfalls aber wird eine stattgehabte Nötigung dadurch rechtlich aufgehoben, daß der Genötigte in der Lage sich befindet, die Wirkungen der Hdlg. demnächst wieder gut zu machen; RG. II 1. Dez. 82 E. 7 266.

Wird auf Grund der vorsätzlich verursachten Notlage die btr. Hdlg. vorgenommen 2c., so tritt damit die Vollendung des Verg. ein (N. 15). Geschah aber die Verursachung nicht vorsätzlich, weil der Täter entweder nur im Scherz handelte oder leere Redensarten gebrauchte, mit denen er einen Einfluß auf einen anderen gar nicht ausüben wollte, fehlte somit die Ernstlichkeit des Willens, zu nötigen, so liegt eine Nötigung nicht vor (vgl. im übrigen N. 9).

2) Als Mittel zur Herbeiführung einer Zwangslage des Genötigten durch den Nötiger sind nur „Gewalt oder Drohungen" denkbar. Wird jemand durch andere Mittel seitens eines Dritten zu einer Hdlg. oder Unterlssg. veranlaßt, so geschieht solches nicht infolge einer Notlage, sondern auf Grund einer freien Entschließung des anderen. Es gilt dies namentl. von der Anwendung der „List", insofern der Überlistete durch eine Täuschung zu einer Hdlg. 2c. veranlaßt, aber nicht genötigt wird (so auch Hälschner GS. 35 10, daß durch List keine vis compulsiva geübt werden könne, sei selbstverständlich); die Betäubung aber ist eine Art der List und fällt nicht unter den Begriff der Gewalt (§ 234 N. 5a); demnach kann nach der positiven Gesetzgebung „List" als ein Mittel der Nötigung überhaupt nicht angesehen werden, wenn auch zugegeben werden muß, daß das Wesen der Nötigung (N. 3, 4) an sich die „Betäubung" als Mittel der Nötigung nicht ausschließt. So im Resultate: Binding Normen 2 528, v. Liszt S. 357, Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 1, Wanjeck G. 27 196. AM.: Geyer HH. 4 389, H. Meyer S. 503 (beide bezüglich der Betäubung), Hälschner 2 122 u. GS. 35 10 (ein listiges Benehmen, durch das jemand in den Zustand des Duldenmüssens versetzt werde, sei als eine durch vis absoluta verübte Nötigung zu betrachten), Rüd.-St. N. 5, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 56, 63 (bezügl. der List ganz allgemein).

3) Bedarf es der Anwendung von Gewalt oder Drohungen, um eine bestimmte Hdlg. 2c. eines anderen zu verursachen, so erhellt daraus, daß der freie Wille des letzteren in anderer Weise sich betätigen wollte; statt der erzwungenen Hdlg. wollte er eine andere Hdlg. vornehmen oder eine Unterlassung eintreten lassen, statt der erzwungenen Unterlassung aber gerade die Hdlg., sei es sofort oder demnächst, vornehmen, zu deren Unterlassung er genötigt wurde. Es richtet sich also das Verg. der Nötigung gegen die Freiheit der

Willensbetätigung (nicht der Willensentschließung) eines anderen. So: Binding Normen 2 525 f., Geyer HH. 3 568, 4 388 f., Hälschner 2 118, v. Liszt S. 356, Merkel S. 310, Herbst G. 26 43. AM. RG. II 21. Okt. 79 E. 1 5, IV 8. Nov. 89 G. 37 365 (es schütze § 240 die Freiheit der Willensentschließung; s. jedoch N. 4), beiläufig auch II 21. Jan 81 E. 3 262 (vgl. jedoch andererseits das N. 9, zit. N. 8 55); ferner: Berlin 11. Dez. 73 St. 3 337, Frank N. III, (Meves) G. 35 63 N. 9, Knitschky GS. 44 264, N. sei auch ohne Verletzung des Gebrauchs der Willensfreiheit denkbar, endlich Bosler, Raub u. Erpressg. (Diss.) S. 9 ff., **beides** sei für N. begriffsnotwendig, wenn auch das eigentl. Angriffsobjekt die Freiheit der Willensbetätigung sei. Besteht sonach die Nötigung in einer Beeinträchtigung der Freiheit der Willensbetätigung, so ist doch die Willensfähigkeit des „anderen" im juristischen S. nicht Voraussetzung einer Nötigung (v. Buri GS. 27 529 f., Herbst G. 26 41); es ist deshalb ganz unbedenklich, daß das Verg. auch gegen eine Person unter 14 J. sich richten könne; RG. I 18. Dez. 84 E. 11 387. Dagegen kann von einer vollendeten Nötigung zu einer Unterlassung nicht die Rede sein, wenn der andere in der entgegengesetzten Richtung gar nicht tätig werden wollte; so Wolfenbüttel 16. Jan. 74 St. 3 332; aM.: zit. RG. G. 37 365, v. Schwarze N. 11, der Zwang könne auch auf einen **demnächst erst zu fassenden** Entschluß sich beziehen.

4) Was speziell die „Gewalt" (§§ 113 N. 23a, 234 N. 5c) als Mittel der Nötigung anbetrifft, so ist **zunächst** hinsichtlich ihrer **Qualität** streitig, ob auch vis absoluta in Betracht kommen könne. Die verneinende aus dem, lediglich „Drohung" als Mittel kennenden, PrStGB. § 212 herübergenommene Ansicht beruht auf der Auffassung, daß es bei der Nötigung unbedingt um eine Einwirkung auf den „Willen" des anderen, d. h. auf dessen Entschließung sich handele. Hierin besteht aber das Wesen der Nötigung **nicht**, sondern vielmehr in einer Einwirkung auf die Freiheit der Willensbetätigung (N. 3); deshalb ist auch durch das Wesen der Nötigung vis absoluta keineswegs ausgeschlossen. So: RG. I 17. Juli 80, II 6. Mai, 23. Sept. 81, E. 2 184, 4 123, 429, IV 29. Sept. 85 R. 7 545, auch III 19. Juni 80 E. 2 287 (obgleich es das Wesen der Nötigung in der Einwirkung auf die Willensentschließung findet), Binding Normen 2 526, Geyer 2 23, HRl. „Nötigung" u. HH. 3 575, 4 391, Hälschner 2 120 u. GS. 35 7, Merkel S. 311, H. Meyer S. 503, Schütze S. 409, v. Wächter S. 363, Frank N. II 1, Rubo N. 8, Rüd.-St. N. 5, Villnow, Herbst, Wanjek, G. 25 196, 26 43, 27 196, v. Buri, Knitschky, GS. 33 415, 44 264, Helmke Gewalt S. 15 f., Stern Nötigung u. Erpressung S. 68. AM.: Berlin 11. Dez. 73, 3. Juni 75, St. 3 337, O. 16 424, Meves N. 5, Oppenh.-O. N. 1, John ZStrW. 1 244.

Weiter ist aber hinsichtlich der Qualität der Gewalt streitig, ob sie nur von vis absoluta zu verstehen oder ob **auch** vis compulsiva ein Nötigungsmittel sei. Im Sinne der ersteren Alternative entscheiden sich Hälschner, Schütze u. v. Wächter aO., und zwar wesentlich, weil die vis compulsiva als Drohung (N. 6) sich darstelle; nach Hälschner 2 121 soll es bei der Nötigung sogar nur auf die „**unwiderstehliche Gewalt**", wie im § 52, ankommen; dagegen jedoch mit Recht RG. II 30. Okt. 85 E. 13 49. Es erscheint aber die Ansicht, daß nur vis absoluta in Betracht komme, überhaupt nicht richtig; zunächst ist zu beachten, daß vis absoluta nur dann als Mittel denkbar ist, wenn es um Nötigung zu einer „Duldung o. Unterlassung" sich handelt, da eine „Handlung" eines anderen der Natur der Sache nach durch vis absoluta nicht herbeigeführt werden kann; so: Binding Lb. 1 90 (83) u. Normen 2 526, Merkel S. 311, H. Meyer S. 503, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 4, Helmke aO.; der von Geyer HH. 4 391 angeführte Fall der Nötigung zum Verschlucken eines widerstrebenden Trankes ist in Wahrheit gleichfalls nur Nötigung zu einer Duldung, deren Folge eine bloße Reflexbewegung des Genötigten ist. Sonach würde dem Mittel der „Gewalt", in jener Bedeutung aufgefaßt, nur eine sehr beschränkte Anwendung zukommen, die durchaus nicht als im Sinne des Gesetzes liegend gedacht werden kann, da nichts entgegensteht, bei einer in einem Gewaltakte liegenden Drohung das Vorliegen **beider** Mittel anzunehmen, sofern die Bedrohung eine solche „mit einem V. o. V." ist, ein Erfordernis, welches namentlich Hälschner zu übersehen scheint, wenn er unbeschränkt den Satz aufstellt, daß die vis compulsiva als Drohung i. S. des § 240 erscheine.

5a) Beim Mittel der „Gewalt“ kommt ferner die Richtung in Frage, die sie nehmen dürfe, insbs. ob sie auch gegen Sachen gerichtet sein könne. Außer Betracht bleibt hier freilich die gegen Sachen gerichtete Gewalt, insofern als in dieser zugleich eine Bedrohung mit künftigen ähnlichen Gewaltanwendungen liegt; denn insoweit ist nicht „Gewalt“, sondern „Bedrohung“ (N. 6) das Mittel der Nötigung; vgl.: RG. III 5. Jan. 81, 15. Juni 83, 2. Dez. 86, E. 3 179, 9 58, 15 138, Binding Normen 2 526 N. 756.

b) Auch darüber herrscht kaum ein Zweifel, daß zur Erfüllung dieser Alternative des Tatbestandes nicht bloß eine direkt an der Person, sondern auch eine unmittelbar an Sachen geübte, indirekt aber gegen die Person gerichtete Gewalt ausreichend sei; so insbs. die zitt. RG. sowie II 30. Okt. 85, 9. Apr. 90, E. 13 49, 20 354; vgl. jedoch Binding Lb. 1 84, nach dem Gewalt gg. Sachen immer nur als Bedrohung in Betracht komme. Eine derartige indirekt gegen die Person gerichtete Gewalt kann als Mittel dienen sowohl bei Nötigung zu „einer Duldung o. Unterlassung“ als auch bei Nötigung zu einer „Handlung“ (z. B. wenn der Vermieter den Mieter durch Aushebung der Türen und Fenster bzw. durch sonstige Unbrauchbarmachung der Wohnung zur Räumung der letzteren nötigt; so: RG. II 1. Dez. 82 E. 7 269, III 18. März 86 R. 8 188, IV 28. Apr. 91 G. 39 215). Insofern die Gewalt direkt nur gegen Sachen in Wirksamkeit tritt, ist die Anwesenheit des — indirekt — dadurch Betroffenen nicht unbedingt erforderlich, wie z. B. bei Aushebung der Türen 2c. in Abwesenheit des Mieters (zit. RG. E. 20 354), doch ist nach Lage der Sache verneint worden, daß ein Verschließen der Wohnung bei vorübergehender Abwesenheit ihres Inhabers, um diesen zu veranlassen, in einer anderen Wohnung Unterkunft zu suchen, indirekt eine gg. die Person gerichtete Gewalt sei; RG. III 7. Juli 02 G. 49 281.

c) Dagegen kann eine ausschließlich gegen Sachen gerichtete Gewalt, ohne indirekte Beziehung gegen die Person, den Tatbestand der Nötigung in der hier fraglichen Richtung nicht erfüllen; so H. Meyer S. 502 u. auch die Praxis des RG., insbs. IV 11. Feb. 87 G. 35 63 (auch II 1. Dez. 82 E. 7 269 entscheidet die Frage nicht im entgegengesetzten Sinne); allein der Grund für die Verneinung kann nicht sowohl mit dem zit. RG. E. 3 179 in der Entstehungsgeschichte gefunden werden, obschon die Fassung des Entw. II § 235 („Wer gegen einen anderen Gewalt anwendet 2c.“) i. V. mit den Motiven auf die Absicht hindeutet, die lediglich gegen Sachen gerichtete Gewalt auszuschließen, auch die demnächst vorgenommene Änderung von dem Abg. Meyer (Thorn) namens der Antragsteller Lasker u. Gen. unwidersprochen als eine bloße „Fassungsänderung“ bezeichnet wurde, sondern lediglich darin, daß eine ausschließlich gegen Sachen gerichtete Gewalt auf die Willensbetätigung einer Person (also namentl. des Eigentümers, dessen Sachen 2c. zerstört werden) anders als durch die Furcht vor Wiederholung o. Fortsetzung der Gewaltanwendung, also insofern sie eine Bedrohung enthält (s. o. a), denkbarerweise zu wirken nicht geeignet ist; allerdings unterstellt das zit. RG. E. 9 58, das gleichfalls die Möglichkeit einer Nötigung mittels einer ausschließlich gegen Sachen gerichteten Gewalt verwirft, diese Möglichkeit, allein zu Unrecht. Reicht hiernach eine ausschließlich gegen Sachen gerichtete Gewalt zur Vollendung der Nötigung nicht aus (aM. lediglich Frank N. II 1), so muß bei Abwesenheit der btr. Person zur Zeit der Ausführung der die Nötigung bezweckenden Hdlg. vom Orte ihrer Vornahme erhellen, inwiefern dennoch durch die Hdlg. eine Einwirkung auf die Person stattfinden konnte; so die zu b zitt. RG. E. 20 354, G. 49 281.

d) Ist übrigens in der direkt gegen Sachen angewendeten Gewalt bei indirekter Richtung gegen die Person des zu Nötigenden das Nötigungsmittel der Gewalt i. S. des § 240 zu finden, so auch unter der gleichen Voraussetzung in der gegen eine dritte Person gerichteten Gewalt; so die GM., insbs. RG. II 17. Jan. 88 E. 17 82.

e) Da es genügt, wenn die Gewalt an Sachen (a) oder an einem Dritten (d) unter Umständen vorgenommen wird, die in der Gewalthdlg. eine indirekte Bedrohung mit persönlicher Gewalt erkennen lassen, somit entscheidend ist, ob durch jene Gewalt ein etwaiger Widerstand in gleicher Weise gebrochen o. verhindert werden wollte, wie wenn die Gewalt unmittelbar an der Person verübt werden würde, so ergibt sich daraus, daß die Leistung

wirklichen Widerstandes gegenüber der Gewalt nicht verlangt wird (was natürlich namentl. für den bloßen Nötigungsversuch — N. 15 — gilt); RG. III 18. März 86 R. 8 188.

6) „Bedrohung" (§ 48 N. 11a) ist nicht allgemein, sondern nur insofern sie „mit einem Verbrechen oder Vergehen" erfolgt, als Mittel der strafbaren Nötigung anerkannt (während die Begehung des Deliktes der Nötigung durch Bedrohungen anderer Art straffrei gelassen ist). Das in Aussicht gestellte Übel, auf dessen Herbeiführung der Drohende seinen Einfluß schon vor der Drohung selbst ausgeübt haben kann, falls dies nur in bewußter Beziehung zu der nachfolgenden Drohung geschehen ist (RG. I 20. Juni 95 E. 27 307), muß also ein — wenn auch nur auf Antrag zu verfolgendes — V. o. V. i. S. des § $1_{1,2}$ sein, so daß namentl. die Feststellung einer Bedrohung „mit einer strafb. Hdlg." (vgl. §§ 106 f.) in dieser Allgemeinheit nicht genügt, da alsdann die Drohung auch auf Verübung einer Übertretung (§ 1_3) würde gegangen sein können. Mit einem solchen V. o. V. wird auch dann gedroht, wenn die Fortsetzung eines bereits begonnenen V. o. V. in Aussicht gestellt wird; RG. III 1. Okt. 96 G. 44 249. Übrigens ist die Nötigung durch „Bedrohung mit einem V. o. V." wohl zu unterscheiden von der Nötigung „durch ein V. o. V."; RG. II 7. Nov. 79 G. 27 457.

Daß das in Aussicht gestellte V. o. V. gerade durch unmittelbare Tätigkeit des Drohenden selbst verübt werden solle, ist nicht nötig, weshalb die Drohung überhaupt nicht erkennen zu lassen braucht, von wem es ausgehen solle (Geyer HH. 3 576, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 8), vorausgesetzt jedoch, daß der Drohende zu verstehen gibt o. aus den Umständen zu entnehmen ist, er sei in der Lage, den Willen des Dritten zu beeinflussen (vgl. §§ 241 N. 1_2, 253 N. 5); RG. II 28. Apr. 93, I 20. Juni 95, E. 24 151, 27 307. Es reicht deshalb auch die Bedrohung mit der Anstiftung eines anderen zu einem V. o. V. aus, sofern nur der Fall der erfolglosen Anstiftung bei der Drohung ausgeschlossen erscheint.

Eine wörtliche Bezeichnung des fraglichen V. o. V. braucht nicht zu geschehen, namentl. genügt es, wenn ein solches durch eine schlüssige Hdlg. in Aussicht gestellt wird; Binding Lb. 1 90, Geyer HRl. „Nötigung" u. HH. 3 576 f., v. Liszt S. 353, Merkel S. 311, Meves N. 8, 9, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 7, 9. Auch ist nicht erforderlich, daß erhelle, mit welchem V. o. V. gedroht werde, wenn nur soviel feststeht, daß in der Tat ein V. o. V. in Aussicht gestellt wird; so Oetker GS. 64 119; aM. v. Schwarze N. 7.

7) Eine nicht selten vorkommende Nötigung ist die durch Bedrohung mit dem Verg. der Beleidigung (vgl. darüber Binding Lb. 1 90); ob aber eine solche vorliege, ist häufig streitig geworden und namentl. in Fällen, in denen der Gläubiger auf seinen Schuldner einzuwirken sucht. Angenommen ist eine solche Nötigung von Berlin 3. Dez. 75 G. 23 392 in einem Falle der Androhung des öffentlichen Ausbietens einer behaupteten Forderung durch den Vorsitzenden eines Vereins zur Wahrung kaufmännischer Interessen. Droht dagegen der Vorsitzende einer sog. Schutzgenossenschaft (eines Auskunfts- o. Schuldeneinziehungsbureaus) lediglich mit der Veröffentlichung in den Schuldnerlisten, so liegt, bei geführtem oder auch bei mißlungenem Wahrheitsbeweise, eine Beleidgg. doch nur unter besonderen Voraussetzungen vor (§§ 192 N. 2, 193 N. 6c); RG. II 30. Juni 82 E. 6 405; vgl. auch III 20. März 84, IV 19. Apr. 04, E. 10 361, 37 104. Erhellen diese schon bei der Androhung der Veröffentlichung, so kann allerdings eine Bedrohung mit einem Verg. angenommen werden; vgl. RG. II 7. Nov. 79 G. 27 457, I 19. Sept. 81 R. 3 500, beide im gegebenen Falle die Beleidgg. verneinend, letzteres unter der Darlegung, daß die zur Nötigung ausgesprochene Bedrohung mit einer auf Grund des § 193 straflosen Beleidgg. unter § 240 nicht falle; so auch Geyer 2 24 u. H. Meyer S. 503 N. 13; aM. Cordes G. 28 425, insofern er die Veröffentlichung in den Schuldnerlisten unbedingt nicht für strafbar erachtet. Droht ein einzelner Gläubiger mit der öffentlichen Bekanntmachung eines Schuldverhältnisses, so wird selbige, falls letzteres nicht erweislich wahr ist, durchweg, anderenfalls aber wenigstens häufig eine Beleidgg. enthalten; erhellt solches bereits bei der Bedrohung, so muß Bestrafung wegen Nötigung erfolgen; so: Meves N. 10, Rüd.-St. N. 8; aM.: Dresden 6. Aug. 72 St. 2 100 (Bestrafung sei ausgeschlossen, da im Vor-

aus gar nicht zu übersehen sei, ob eintretendenfalls in der Bekanntmachung eine strafbare Ehrenkränkung zu erblicken sein werde), v. Schwarze N. 6a.

8) Wie die Gewalt auch direkt gegen einen Dritten gerichtet sein kann (N. 5d), so nicht minder die Drohung, wenn nur dadurch ein Zwang durch Erregung von Furcht vor Ausführung des V. o. V. auf die Willensbetätigung (Willensentschließung i. S. der gegnerischen M.; N. 3) des zu Nötigenden ausgeübt, somit indirekt die Bedrohung diesen treffen sollte; so die GM., insbs. RG. III 21. Mai 81 R. 3 317, II 17. Jan. 88 E. 17 82; vgl. auch III 26. Feb. 81 E. 3 426 (btr. § 253). Übrigens kann die Drohung auch zunächst einem Dritten gegenüber vorgebracht sein, wenn nur der Nötiger sie durch dessen Vermittelung zur Kenntnis des zu Nötigenden bringen lassen wollte; Geyer HH. 3 577, Oppenh.-D. N. 5.

9) Liegt nur die Ernstlichkeit des Willens, zu nötigen, vor (N. 1_2), so ist es, wie die GM. mit Recht annimmt, gleichgültig, ob der Drohende auch beabsichtigte, die Drohung ev. auszuführen, ob letztere also in diesem S. eine ernstlich gemeinte war; es genügt, wenn der Drohende der Meinung war, daß der zu Nötigende die Drohung für eine ernstlich gemeinte erachten, also ihre eventuelle Ausführung wenigstens für möglich halten könne; anderenfalls würde der Betreffende nur scheinbar die Verübung eines V. o. V. in Aussicht stellen, in Wahrheit aber einen Nötigungswillen gar nicht haben; dieses subjektive Moment muß deshalb für ausreichend erachtet werden, weil das Gesetz offenbar davon ausgeht, daß die Bedrohung mit einem V. o. V. an sich geeignet sei, auf die Willensbetätigung des damit Bedrohten einzuwirken. So RG. I 24. Feb. 81 E. 4 10 (btr. § 241), auch Merkel S. 311 (die Drohung müsse sich als eine ernst gemeinte geben) u. Frank N. V. Weiter geht die GM., insbs. RG. III 24. Dez. 79 E. 2 286, indem sie fordert, daß die Drohung auf den Bedrohten wenigstens den Eindruck einer ernstlich gemeinten habe machen können, noch weiter aber Geyer HH. 3 577, die Androhung des V. o. V. müsse im gegebenen Falle geeignet sein, die Freiheit der Willensbetätigung zu beeinträchtigen. Deshalb ist es auch gleichgültig, ob der Bedrohte aus dem Inhalte der Drohung entnimmt, daß die Verübung eines V. o. V. in Aussicht gestellt werde; so Meves § 241 N. 6; aM. Geyer aO.

Endlich kommt auch auf die objektive Ausführbarkeit der Drohung nichts an, wenn nur die Drohung geeignet war, auf die Willensbetätigung des Bedrohten (N. 8) einzuwirken, indem er ihre Ausführung für möglich halten konnte; so RG. II 21. Jan. 81 E. 3 262 (btr. § 253); abweichend nimmt jedoch RG. III 14. Jan. 86 R. 8 55 (gleichfalls § 253 btr.) an, daß der Begriff der Drohung objektiv die Ankündigung eines Übels erfordere, dessen Verwirklichung irgendwie von der Macht o. dem Willen des Bedrohenden abhänge u. dessen Eintritt der Bedrohte derartig zu befürchten habe, daß dadurch seine freie Willensbetätigung (so! s. o. N. 3) beeinflußt werde; demgegenüber ist zu bemerken, daß, wenn nur die Drohung die eingangs hervorgehobene objektive Eigenschaft hat, im übrigen lediglich die Absicht des Erklärenden ausreicht, die Hervorrufung des Übels als in seiner Macht stehend darzustellen.

10) Die Beantwortung der Frage nach Zulässigkeit einer alternativen Feststellung hinsichtlich der Zwangsmittel hängt davon ab, ob durch die Anwendung der verschiedenen Mittel nur Modalitäten derselben strafb. Hdlg. begründet werden (§ 47 N. 29). Unbedenklich ist dieses anzunehmen, soweit es um Bedrohung mit einem „Verbrechen" oder um eine solche mit einem „Vergehen" sich handelt. Andererseits erscheinen aber auch die Mittel der „Gewalt" und der „Bedrohung mit einem V. o. V." i. S. des Gesetzes als gleichwertig (RG. I 13. Jan. 81, 11. Mai 85, E. 3 222, 12 194), so daß auch insoweit nur bloße Modalitäten derselben strafb. Hdlg. in Frage stehen und deshalb eine alternative Feststellung hinsichtlich der Mittel der Nötigung durchweg zulässig erscheint; vgl. auch § 234 N. 7b.

11) Was die grammatikalische Beziehung des „widerrechtlich" betrifft, so kann nicht in Abrede gestellt werden, daß es seiner Stellung nach mit den Nötigungsmitteln in Verbindung zu setzen ist, derartig, daß eine andere Beziehung nur insofern zulässig erscheinen würde, als zwingende innere Gründe jener auf die Nötigungsmittel entgegenständen. Es wird nun von Kronecker GS. 32 60 u. ZStrW. 3 638 sowie von John ZStrW. 1 225 eingewendet, daß man zwar zwischen widerrechtl. und nichtwiderrechtl. Gewalt unter-

scheiden könne, dagegen nicht zwischen widerrechtl. und nichtwiderrechtl. Bedrohung mit einem V. o. V.; denn wie der Begriff der Widerrechtlichkeit durch den Begriff des V. o. V. bedingt werde, ebenso verhalte es sich mit der Bedrohung mit einem V. o. V.; eine solche Nötigung sei stets an sich widerrechtlich. Aus dieser Auffassung heraus gelangt Kronecker (ebenso Geyer HH. 3 575) dazu, das Moment der Widerrechtlichkeit nur auf das eine Mittel der Gewalt zu beziehen, während weitergehend John aO. S. 231 ff., 240 sowie Bruck V. gg. die Willensfrht. S. 57 die Beziehung des „widerrechtlich" auf das Mittel der Gewalt gleichfalls verwerfen, weil es mit dem Mittel der Bedrohung auf einer Linie stehe, und deshalb das „widerrechtlich" lediglich mit den Nötigungszwecken in Verbindung setzen; nach John soll es deshalb immer zunächst der Feststellung der „widerrechtlichen Nötigung zu einer Hdlg. 2c." bedürfen und soll erst demnächst die durch das Mittel bedingte Einschränkung vorgenommen werden können; sachlich ebenso Binding Lb. 1 91 N. 3, „widerrechtlich" gehöre sprachlich u. sachlich allein zu „nötigen".

Die GM. nimmt dagegen an, daß das Deliktsmoment bei der Nötigung in der Widerrechtlichkeit der zur Erreichung des Nötigungszweckes angewendeten Mittel liege, derartig, daß es für den Deliktstatbestand gleichgültig ist, ob die erzwungene Hdlg. selbst erlaubt oder verboten, straflos oder strafbar, dem Genötigten vorteilhaft oder nachteilig war, ob der Nötigende auf dieselbe einen zivilrechtlichen Anspruch hatte oder nicht; so insbs. die Praxis des RG. in zahlreichen Entscheidungen: II 21. Okt., III 24. Dez. 79, 5., 13. Jan. 81, 10. Mai 83, I 11. Mai 85, E. 1 5, 2 286, 3 179, 222, 8 302, 12 194, III 26. Juni 80, I 13. Nov. 82, III 18. Juni 85, R. 2 124, 4 806, 7 402. Dem nähert sich die Ansicht derjenigen, die das Moment der Widerrechtlichkeit bald im Nötigungszwecke, bald im Nötigungsmittel begründet finden; so: v. Liszt S. 357, v. Schwarze N. 5, Stern Nötigung u. Erpressung S. 74 u. GS. 60 449, sachlich auch Merkel S. 311; vgl. ferner Goldschmidt Widerrechtl. Nötigung S. 15 ff. (Breslau 1897). Allein diese weichen von der GM. mehr im Ausdruck als in der Sache ab; denn zweifellos ist (vgl. z. B. zit. RG. E. 12 194), daß in der Regel bei der Nötigung auch der Zweck ein rechtswidriger ist; daraus folgt aber auch in diesen Fällen die Rechtswidrigkeit des Nötigungsmittels, und schließlich ist die Rechtswidrigkeit dieses letzteren das stets vorhandene Merkmal der strafb. Nötigung. Die GM. stützt sich darauf, daß auch die „Bedrohung mit einem V. o. V." nicht notwendig eine widerrechtliche sei, geht freilich hier wieder in der Begründung auseinander. Man nimmt einerseits an, daß nur die Bedrohung mit einer objektiv als V. o. V. sich darstellenden Hdlg. gemeint sei (vgl.: RG. III 22. Apr. 82 R. 4 379, v. Buri GS. 33 411); man muß jedoch Kronecker ZStrW. 3 653 u. Hälschner 2 124 zugeben, daß nach der Fassung des § 240 selbst nur die konkrete Strafbarkeit der angedrohten Hdlg. als Strafbarkeitsmerkmal der Bedrohung für aufgestellt erachtet werden kann. Es erscheint aber richtig, wie, außer Hälschner und v. Buri aO. S. 415, auch das zit. RG. E. 12 194 sowie IV 24. Juni 98 G. 46 343 vertreten, daß aus der Strafbarkeit der Verwirklichung der Drohung noch keineswegs folgt, daß auch die unverwirklicht gebliebene Drohung strafbar sein müsse (vgl. jedoch das N. 12 zit. RG. E. 1 5). Speziell gegen die Ansicht Johns spricht übrigens noch der Tatbestand der Erpressung (§ 253), die von der Nötigung durch Hinzutritt des auf Erlangung eines widerrechtlichen Vermögensvorteiles gerichteten Zweckes sich unterscheidet; RG. III 24. Dez. 79, 26. Juni 80, E. 2 286, R. 2 124.

12) Der Ausschluß der Widerrechtlichkeit einer Nötigung durch Gewalt oder Bedrohung mit einem V. o. V. kann nur durch besondere Verhältnisse begründet sein, auf Grund deren die Zwangshdlg. als die Ausübung einer bestimmten Befugnis erscheint. Solche Befugnisse können namentl. durch Amts-, Berufs- u. Aufsichtspflicht bzw. durch Erziehungs-, Züchtigungs- u. Hausgewalt begründet sein, allerdings häufig nur in der Weise, daß Nötigung durch gewisse Arten der Gewalt o. durch gewisse Bedrohungen erlaubt ist, nicht aber auch die im gegebenen Falle angewendete Gewalt o. Bedrohung, z. B. durch Waffengewalt o. Bedrohung mit einem Schießgewehr; RG. II 21. Okt. 79 E. 1 5 (vgl. übrigens das N. 11_2 zit. RG. E. 12 194 sowie IV 2. Okt. 96 G. 44 252 btr. § 339 — das. N. 41 —).

Die Widerrechtlichkeit einer Nötigung, und zwar auch einer solchen durch Bedrohung mit einem V. o. V. (vgl. Finger **1** 391) kann objektiv (siehe auch N. 13₂) namentl. ausgeschlossen sein durch: a. das Recht auf vorl. Festnahme gemäß StPO. § 127; RG. II 5. Nov. 01 E. **34** 443; b. Notwehr (RG. I 30. Nov. 99 E. **32** 391); c. Selbsthilfe, wenn auch nicht durch zivilrechtl. unstatthafte (RG. IV 15. März 89 E. **19** 75 btr. PrALR., I 3. Mai 00 E. **33** 248 btr. BGB. §§ 229 f. u. ZPO. § 811²), so doch durch zivilrechtl. gestattete Selbsthilfe; so: RG. I 13. Jan. 81 E. **3** 222, II 3. Okt. 82 E. **7** 63 (mit der Ausführung, daß freilich ein Rechtssatz, wonach die Straflosigkeit der eigenmächtigen Selbsthilfe auch die Straflosigkeit der Gewaltanwendung in sich schließe, nicht existiere, daß vielmehr bezügl. der Strafbarkeit der zum Zwecke der Selbsthilfe angewendeten Mittel die Vorschriften der einschlagenden Strafgesetze maßgebend seien), III 22. Apr. 82, 18. Juni 85, R. **4** 379, **7** 402, IV 31. März 85 R. **7** 216 (beim Ausschluß der Strafbarkeit der Nötigung durch Notwehr sei die Gewalt nur insofern strafbar, als sie über die berechtigte Verteidigung hinausgegangen sei und als Körperverlzg. sich darstelle), 28. März 96 E. **28** 298 (btr. die Zuläffgkt. der Anwendung körperl. Gewalt im Falle einer nach PrALR. bewirkten Pfändung), I 22. Okt. 00 (btr. BGB. §§ 229—231), IV 16. Feb. 04 (über den Begriff des „sofort" i. S. des BGB. § 859₃), G. **47** 437, **51** 191. Man hat weitergehend zu sagen, daß, soweit zivilrechtl. gestattete Selbsthilfe angewandt werde, die Strafbarkeit der Nötigung unbedingt ausgeschlossen werde; denn dann entbehrt die Hdlg. der objektiven Widerrechtlichkeit; das zit. RG. E. **7** 68 erscheint deshalb bedenklich. Zutreffend weist es aber darauf hin, daß bei einem Irrt. über Grundsätze des Zivilrechts § 59 Abs. 1 Anwendung finde (s. u. N. 13₃). Über einen zivilrechtl. zweifelhaften Fall vgl. RG. II 3. März 03 E. **36** 131 (ob die Widerrechtlichkeit der Nötigung zur Abstandnahme von der Benutzung eines streitigen Weges durch zivilrechtl. erlaubte Selbsthilfe o. Notwehr ausgeschlossen sein könne, auch wenn Täter nach einer vom Prozeßrichter erlassenen einstw. Verfügung dem Genötigten die Benutzung des Weges gestattet hat).

Daß die Nötigung zu „Vornahme einer sittlichen Handlung" (so jedoch Zimmermann GS. **33** 607) sowie die Nötigung zur „Unterlassung einer unsittlichen Handlung" (so Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 57) als solche nicht straflos sei, bedarf keiner näheren Begründung; vgl. Hälschner **2** 126. Mit mehr Recht ist die Straflosigkeit der Verhinderung einer rechtswidrigen (so von: Schütze S. 410, Rüd.-St. N. 5) oder gar einer strafbaren Hdlg. (so von: Meves N. 12, John ZStrW. **1** 230, auch von Geyer HH. **3** 578, **4** 393 — s. jedoch unten — sowie innerhalb gewisser Grenzen von Hälschner **2** 115 u. v. Schwarze N. 11 sowie Kohler G. **49** 6 speziell btr. der Abhaltung vom Selbstmorde, weil es bei diesem nur an einer Strafbarkeitsbedingung fehle) behauptet worden. Allein auch diese Ansichten erscheinen nicht haltbar, vielmehr verleihen nur die bereits berührten Verhältnisse das Recht, einen anderen durch die bezeichneten Mittel zur Unterlassung von Hdlgen zu nötigen; so: Binding Hb. **1** 737 u. Lb. **1** 91, Geyer **2** 24, Merkel S. 311 (der Charakter der geforderten Hdlg. sei begrifflich gleichgültig), H. Meyer S. 504, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 3; auch Hälschner aO. erkennt an, daß selbst in jenen Fällen die Nötigung durch Gewalt nur unter den Voraussetzungen der Notwehr gestattet sei. Dagegen wird in derartigen Fällen häufiger das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit (N. 13₂) für ausgeschlossen zu erachten sein (vgl. insbs. für den Fall des Abhaltens vom Selbstmorde: Stern GS. **60** 460).

13) Der Dolus besteht im Wissen und Wollen des gesamten Deliktstatbestandes; der Vorsatz muß demnach dahin gehen, einen anderen durch Gewalt oder Bedrohung widerrechtlich einerseits negativ hinsichtlich der Ausübung der Freiheit seiner Willensbetätigung zu hindern, andererseits positiv zu einer Hdlg., Duldung o. Unterlssg. zu zwingen (N. 1); vgl. Binding Normen **2** 528 i. V. mit Lb. **1** 375 N. 4. Deshalb ist erforderlich, daß der Vorsatz des Täters auf die Handlung 2c., zu welcher der Verletzte sich genötigt sieht, als eine Folge der widerrechtlichen Gewalt o. Bedrohung mit einem V. o. V. sich erstreckt hat; RG. IV 12. Juni 00 G. **47** 378. Speziell im Falle der Nötigung durch Bedrohung ist daher das Bewußtsein des Drohenden von der Möglichkeit einer Wirksamkeit seiner Kund-

gebung auf die Willensbetätigung des Bedrohten erforderlich; vgl. **RG.** III 14. Jan. 86 R. 8 55 (das jedoch das Bewußtsein von der Wirksamkeit, nicht nur von der Möglichkeit einer solchen erfordert). Wenn im übrigen nicht die Bedrohung im allgemeinen, sondern nur die „mit einem V. o. V." bezeichnet wird, so ist, wie bei der willkürlichen Abgrenzung der Begriffe „V. o. V." im StGB. nicht zweifelhaft sein kann, dadurch lediglich ein Strafbarkeitsmerkmal aufgestellt und das Delikt der Nötigung, sofern es durch eine anderartige Drohung begangen wird, straflos gelassen. Obschon § 59 an sich die Kenntnis der Strafbarkeitsmerkmale gleichfalls verlangt, so muß doch die Regel hier insoweit eine Ausnahme erleiden (vgl. N. 5 zu § 59), als es um die Subsumtion der angedrohten Hdlg. unter den Begriff eines V. o. V. sich handelt; der Gesetzgeber kann unmöglich die Strafe des Drohenden davon abhängig machen wollen, daß er die, dem Richter obliegende, juristische Beurteilung seinerseits richtig löse; ein Irrtum des Täters über die Eigenschaft der Hdlg. als V. o. V. ist daher unerheblich; so im Resultate: Binding Lb. **1** 92 u. Normen **2** 529, Hälschner **2** 127, H. Meyer S. 505, Frank N. v, v. Schwarze N. 12; aM. v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 206. Wird aber die Kenntnis des Strafbarkeitsmerkmales nicht erfordert, so ergibt sich, daß der Drohende auch des Charakters der angedrohten Hdlg. als einer strafbaren sich nicht bewußt zu sein braucht, daß vielmehr das Bewußtsein von ihrem Verbotensein genügt.

Da die „Widerrechtlichkeit" der Hdlg. (N. 11) ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen ist, so ist das „Bewußtsein der Widerrechtlichkeit" zwar nach § 59 (das. N. 30_4) erforderlich, bedarf jedoch im nicht-schwurgerichtl. Verfahren nur im Zweifelsfalle einer ausdrücklichen Feststellung; **RG.** II 21. Okt. 79 E. **1** 5. Ausgeschlossen wird das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit sein, wenn es „an der Ernstlichkeit des Handelns im allgemeinen fehlt"; **RG.** III 24. Dez. 79 E. **2** 286. Über konkrete Fälle, in denen das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit für ausgeschlossen erachtet wurde, vgl. **RG.** III 11. Okt. 82 R. **4** 743 sowie die § 59 N. 2 I a zu § 240 zitt. **RG.** R. **4** 379, G. **38** 179, E. **25** 150, alle btr. zivilrechtl. Irrtum.

14) Btr. des Verhältnisses der Nötigung, über deren subsidiären Charakter Hill Nötigung (Diss. Marburg 1895) S. 21 ff. sowie Stern Nötigung u. Erpressung, insbs. S. 98 ff. zu vergleichen, während Binding Lb. **1** 88 N. 2 diesen bestreitet, ist hervorzuheben:

a) Diejenigen Tatbestände, die eine „Nötigung" entweder ausdrücklich (§§ 176¹, 177) oder der Sache nach (z. B. §§ 106 f., 167, 181a Abs. 2 S. 2) oder ein „Unternehmen der Nötigung" (§§ 105, 114, 122) erfordern, konsumieren (§ 73 N. 14) den Tatbestand der aus § 240 strafb. Nötigung selbst da, wo als deren Mittel die Bedrohung im weiteren Umfange in Betracht kommt, da hierdurch der Deliktsbegriff nicht berührt wird (N. 13); Binding Hb. **1** 365 N. 4; vgl. auch Stern aO. S. 90 f. (dessen Polemik schon gegenüber der 6. Aufl. des Komm. nicht mehr zutraf). Demnach ist hier von Idealkonk. keine Rede; Hälschner **2** 820 (btr. § 114), Merkel S. 310 ff., H. Meyer S. 506, Frank N. vi, so ferner: **RG.** II 18. Jan. 98 E. **31** 3 btr. § 114, IV 26. März 01 G. **48** 135 btr. § 181a Abs. 2 S. 2, indirekt auch I 5. Juni 93 E. **24** 187 btr. §§ 176¹, 177; demgegenüber spricht Schütze S. 409 N. 1 von Idealkonk., selbst mit den §§ 176¹, 177, obgleich deren Tatbestand gegenüber dem des § 240 mit Rücksicht sowohl auf den Nötigungszweck als auch auf die Nötigungsmittel der speziellere ist und sie somit jedenfalls § 240 ausschließen (§ 73 N. 12). Soweit übrigens § 114 (das. N. 7a) durch § 113 ausgeschlossen wird, ist auch folgerichtig die Möglichkt. einer Idealkonk. des § 240 mit § 113 zu verneinen; zit. **RG.** E. **31** 3.

Unbedenklich ist dagegen die Möglichkeit einer Idealkonk. mit § 176³ anzunehmen; **RG.** I 18. Dez. 84 E. **11** 387.

b) Zu den Fällen der ausdrücklichen Konsumtion der Nötigungsstrafe des § 240 rechnet Binding Hb. aO., Lb. **1** 100 f. u. Normen **2** 531 ferner den § 239, und auch Hälschner **2** 135 N. 1, Frank N. vi, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 267 u. Stern aO. S. 99 N. 14 nehmen hier bloße Gesetzeskonk. an; daß jedoch die Freiheitsberaubung nicht bloß ein „hervorgehobener Fall der Nötigung" sei, wurde bereits § 239 N. 4 gezeigt; demnach erscheint auch Idealkonk. möglich; so: **RG.** III 17. Okt. 98 E. **31** 301 (btr. Freiheitsberaubung u.

Nötigungsvers.), Berlin 18. Sept. 72 O. **13** 459 (btr. einer durch psychischen Zwang verübten Freiheitsberaubung), Meves N. 6, Oppenh.-O. § 239 N. 3, Rüd.-St. § 239 N. 10; eine Mittelmeinung dahin, daß zwar der bloß auf das Unterlassen einer Ortsveränderung sich beziehende Zwang seine erschöpfende Würdigung im § 239 finde, daß aber mit der Freiheitsberaubung die vollendete oder versuchte Nötigung zu einer Hdlg. (bzw. wohl auch zu einer anderen Unterlassung) zusammentreffen könne, vertreten H. Meyer S. 509, Geyer GS. **27** 382 u. Habermaas Idealkonk. S. 66; dagegen ist mit RG. IV 23. Feb. 94 E. **25** 147 Idealkonk. dann für ausgeschlossen zu erachten, wenn die Nötigg. durch Gewalt behufs Unterlassg. einer Ortsveränderung begangen wird, worauf § 239 ausschließlich Anwendung findet.

c) Mit der vorsätzl. Körperverlzg. aus §§ 223 ff. tritt Idealkonk. ein, sobald die als Mittel der Nötigung angewendete Gewalt (N. 4) als „Körperverletzung" sich qualifiziert; RG. II 15. Juni 00 E. **33** 339, H. Meyer S. 506, Stern aO. S. 110; vgl. auch Herbst G. **26** 40 ff., Habermaas Idealkonk. S. 53. Idealkonk. ist aber auch in der Weise denkbar, daß der Täter einen anderen nötigt, eine Körperverlzg. zu dulden; so Dresden 25. März 72 SächsGZ. **16** 247 btr. der Nötigung eines anderen, das Abschneiden der Haare mittels eines Federmessers zu dulden, wobei Raub wegen fehlender Zueignungsabsicht ausgeschlossen war (vgl. § 223 N. 6b). Dagegen nimmt Binding Hb. **1** 364, u. ähnlich Frank N. VI, nicht Konkurrenz, sondern Konsumtion der Strafandrohung des § 240 durch die §§ 223 ff. an, weil die Gewalt ein so regelmäßiges Mittel der Verlzg. sei, daß der Gesetzgeber es bei der Strafandrohung der vorsätzl. Körperverlzg. mitberücksichtigt habe.

d) Wg. des Verhältnisses zu § 241 vgl. das. N. 7b, zu § 253 das. N. 13b.

e) Daß mit dem Verg. aus GewerbeO. § 153 Idealkonk. möglich sei, nimmt die Praxis des RG. (insbs. II 2. Nov. 88 R. **10** 619, I 20. Juni 95, II 16. Nov. 97, E. **27** 307, **30** 359) an, u. zwar unter Hinweis auf den Schlußsatz des zit. § 153; allein gerade aus diesem ergeben sich Bedenken; vgl. § 49a N. 19.

15) Der Versuch (§ 43) der Nötigung, der, wie die GM., insbs. das N. 5e zit. RG. R. 8 188, mit Recht gegen Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 61 annimmt, auch bei Nötigung durch „Gewalt" denkbar ist und mit der Anwendung von Gewalt o. Drohung als Mittel zur Herbeiführung der Hdlg. 2c. beginnt (N. 1_2), wird im Absatz 2 für strafbar erklärt, während solches im § 239 hinsichtlich des Verg. der Freiheitsberaubung nicht geschehen ist. Binding Normen **2** 532 nimmt an, daß versuchte Freiheitsberaubung allemal als versuchte Nötigung bestraft werden könne, da Freiheitsberaubung nur eine hervorgehobene Art der Nötigung sei (ebenso Merkel S. 312, wenn nicht die vers. Freiheitsberaubung aus § 239 — das. N. 11 — bestraft werden könne). Diese Voraussetzung ist jedoch nicht zutreffend (N. 14b); es kann deshalb nur zugegeben werden, daß eine „durch Gewalt oder Bedrohung mit einem V. o. V." versuchte Freiheitsberaubung als versuchte Nötigung strafbar sei, weil eine durch jene Zwangsmittel verübte Freiheitsberaubung gleichzeitig den Tatbestand der Nötigung erfüllt. Vgl. auch v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 207, die Straflosigkeit des V. der Einsperrung dürfe aus § 240 nicht ergänzt werden, sowie Hälschner **2** 136, es sei unzulässig, das V. der Freiheitsberaubung als V. der Nötigung zu strafen, weil das Gesetz die als Freiheitsberaubung sich darstellenden Fälle der Nötigung vom § 240 ausdrücklich ausgeschlossen habe; ebenso H. Meyer S. 508 u. Baumgarten Versuch S. 367.

16) Die Strafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—600 M. (§ 27). Der Versuch (N. 15) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist StrafK. bzw. SchöffenG.; GVG. § 75[5a] (F. v. 5. Juni 05).

§. 241.

Wer einen Anderen mit der Begehung eines Verbrechens bedroht, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

PrStGB. § 213. Entw. I § 213, II § 236.
Entw. d. StGN. Art. I § 241. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 815.
Vgl. MStGO. §§ 16³, 63¹.

1) Die „Bedrohung" (§ 48 N. 11a sowie u. N. 4_2) eines andern mit der Begehung eines Verbr. bildet den Tatbestand des § 241.

Die Bedrohung „mit der Begehung eines Verbr." soll nichts anderes bedeuten als im § 240 Bedrohung „mit einem Verbr." (vgl. darüber die entsprechende N. der 5. Aufl. d. Komm.). Es ist deshalb auch im Falle des § 241 nicht nötig, daß der Drohende ein unmittelbar durch eigene Tätigkeit zu verübendes Verbr. in Aussicht stelle, wenn es nur als ein auf seiner geistigen Einwirkung beruhendes dargestellt wird (§ 240 N. 6_2); so die GM., insbs. **RG.** III 30. Nov. 81, II 28. Apr. 93, E. **5** 214, **24** 151.

2) Ob mit einem „Verbrechen" gedroht worden, ist im allgemeinen auf Grund des § 1_1 zu beurteilen, wie im Falle des § 240 (das. N. 6); allein, während es dort infolge der Nebeneinanderstellung von „V. o. V." sowie der Zulässigkeit einer alternativen Feststellung (das. N. 10) gleichgültig ist, ob im gegebenen Falle mit einem Verbr. oder mit einem Verg. gedroht sei, muß bei der Bedrohung aus § 241 festgestellt werden, daß sie eine solche mit einem Verbrechen sei. Es ist streitig, ob die in Aussicht gestellte Hdlg. objektiv oder mit Rücksicht auf die Person des Täters als „Verbrechen" sich darstellen müsse; letzteres erscheint schon von vornherein deshalb bedenklich, weil der Drohende keineswegs die eigene Begehung der Tat in Aussicht zu stellen braucht (N. 1_2); dazu kommt, daß die in der Person des Täters liegenden subjektiven Momente, die eine Tat zum Verbr. stempeln (wie z. B. die Rückfälligkeit), nicht nur für Dritte in der Regel verborgen bleiben, sondern die Gefährlichkeit der Bedrohung zu erhöhen kaum geeignet sind; endlich ist zu erwägen, daß man zwar den Tatbestand des PrStGB. § 213, das nur die Bedrohung mit Verübung „von Brand o. Überschwemmung" bestrafte, erweitern wollte, dabei aber schwerlich beabsichtigte, an Stelle jener objektiven Momente einen völlig schwankenden Begriff zu setzen; so: Binding Lb. **1** 104, Hälschner **2** 132, v. Liszt S. 408, H. Meyer S. 617, Frank N. II 2, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 1 A. 5, Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 49 N. 8, Göhrs ZStrW. **19** 503; aM.: Geyer HH. **3** 585, **4** 395, Meves N. 2; eine Mittelmeinung vertritt Villnow G. **24** 123, indem er Gewicht darauf legt, ob der Drohende dem Bedrohten von dem die Verbrechensstrafe begründenden Umstande Mitteilung gemacht.

Die Drohung, in rücksichtsloser Ausübung des Notwehrrechts jemand erschießen zu wollen, kann den Tatbestand nicht erfüllen (§ 53); **RG.** IV 22. Apr. 02 G. **49** 265.

3) Unbedenklich ist auch hier anzunehmen, daß ein „Verbrechen" vom Drohenden nicht nur, mündlich o. schriftlich, durch Worte, sondern auch durch schlüssige Handlungen in Aussicht gestellt sein könne, indem das Gesetz nicht auf die Art und Weise, in der die Drohung zum Ausdruck gelangt, sondern auf deren Charakter Gewicht legt (§ 240 N. 6_3); **RG.** IV 18. Mai 86 R. **8** 362, Berlin 5. Feb. 79 O. **20** 73, H. Meyer S. 617, Meves N. 4, 6, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1; vgl. auch **RG.** III 15. Nov. 79 R. **1** 73. Es kann deshalb namentl. auch in einer ihrem Wortlaute nach völlig unausführbaren Drohung, z. B. den anderen so zu schlagen, daß er seine Gliedmaßen einzeln nach Hause tragen müsse, unter Umständen eine Bedrohung mit einem Verbr. erblickt werden; Geyer HH. **3** 583 N. 3, Zimmermann GS. **33** 620. Eine ausdrückliche Feststellung der Art des angedrohten Verbr. ist weder nach § 241 noch nach StPO. § 266_1 erforderlich, vielmehr genügt es, wenn nur die konkreten Tatsachen ergeben, daß überhaupt ein Verbr. angedroht worden sei; **RG.** III 22. Juni 81 E. **4** 326.

4) Die „Bedrohung eines anderen" erfordert nicht nur, daß das in Aussicht gestellte Übel zur Kenntnis des anderen komme (vgl. **RG.** III 15. Nov. 79 R. **1** 73), sondern vielmehr, daß solches mit dem Willen des Drohenden geschehe, weil sonst die „Ankündigung" eines Übels nicht vorliegt (§ 48 N. 11a); so die GM. insbs.: München KassH. 2. Jan. 74 E. **4** 1, Stuttgart 17. März 75 St. **5** 77. Damit ist alsdann das Verg. zur Vollendung gekommen.

Die Eingangsworte „Wer einen anderen rc. bedroht" bedingen übrigens, daß das in Aussicht gestellte Verbr. den „anderen" selbst treffe; so die GM. Daß dagegen das Verbr. unmittelbar gegen den Bedrohten gerichtet sein müsse, so daß ein mittelbar herbeigeführter Schaden nicht genüge (wie z. B. bei der Bedrohung eines anderen mit der Tötung seines Kindes), erfordert das Gesetz nicht; so: v. Liszt S. 408, Frank N. II 1, Rüd.-St. N. 2; aM.: Binding Lb. **1** 104, H. Meyer S. 617, Göhrs ZStrW. **19** 508, dieser wg. der Bedeutung der „Bedrohung", im Gegensatze zur „Drohung o. Androhung" (§ 48 N. 11a), als eines absoluten Begriffes, der unbedingte Identität zwischen dem Objekt der Bedrohung u. dem des Drohungsinhaltes erfordere.

5) Der „andere", d. h. eine individuell bestimmte Person (Oppenh.-D. N. 1), die keineswegs willensfähig zu sein braucht, muß nur im allgemeinen befähigt sein, Bedrohungen als solche zu empfinden, da er anderenfalls ein untaugliches Objekt des Verg. sein würde; so: H. Meyer S. 617 N. 11, Oppenh.-D. N. 1, auch wohl Merkel S. 348 (das Delikt charakterisiere sich sachlich dadurch, daß es geeignet sei, das Bewußtsein der Rechtssicherheit bei dem Bedrohten zu stören); aM.: **RG.** I 21. Sept. 82 R. **4** 705, das nicht einmal „ein Verständnis auf seiten des Bedrohten von der gegen ihn gerichteten Drohung" fordert, Rüd.-St. N. 2. Hat er im gegebenen Falle die Drohung als solche nicht erkannt, so liegt nur ein strafloser Versuch der Bedrohung vor; vgl. dagegen v. Buri GS. **27** 532 f. Darauf, daß der Bedrohte erkenne, die in Aussicht gestellte Tat falle unter den Begriff eines Verbrechens, kann es nicht ankommen, da das Strafbare der Hdlg. darin liegt, daß objektiv mit einem solchen gedroht worden; so die GM.

Keinesfalls ist erforderlich, daß der Bedrohte durch die Bedrohung in seiner Sicherheit sich für gefährdet erachtete oder daß er in der Freiheit seiner Entschließungen sich einschüchtern ließ, daß er also in seinem Rechtsfrieden gestört wurde; so die GM., insbs. **RG.** III 15. Nov. 79 R. **1** 73, I 24. Feb. 81 E. **4** 10, IV 1. Feb. 87 G. **35** 56. Es ist deshalb auch, wie die GM., insbs. **RMG.** I 17. Juni 01 E. **1** 193, München KassH. 2. Jan. 74 E. **4** 1, ferner mit Recht annimmt, gleichgültig, ob der Drohende seine Drohung in dem Sinne ernst meinte, daß er an eine Verwirklichung dachte. Die Bedrohung mit einem Verbr. genügt zur Erfüllung des Tatbestandes, indem der Gesetzgeber davon ausgeht, daß eine solche Drohung an sich regelmäßig geeignet sei, den Rechtsfrieden des Bedrohten zu stören; ob solches auch im Einzelfalle vorliege, ist gleichgültig, denn durch eine Gefährlichkeit der Drohung im gegebenen Falle ist der Tatbestand nicht bedingt. So: **RG.** zit. E. **4** 10, I 21. Sept. 82 R. **4** 705 (es sei gleichgültig, wie der Bedrohte der Drohung gegenüber sich verhalte, ob er sie als ernstlich gemeinte betrachte u. sich vor ihr fürchte o. nicht), zit. **RMG.** E. **1** 193, München ObersteLG. 14. März 04 E. **4** 278, Frank N. 1, Meves N. 8, Oppenh.-D. N. 6, auch Binding Lb. **1** 104 u. Normen **2** 532 sowie v. Buri aO., welche die Bedrohung deshalb zutreffend als ein „Polizeidelikt" auffassen. Häufig (vgl. z. B. das zit. München, H. Meyer S. 616 u. Göhrs ZStrW. **19** 484) wird freilich die „Bedrohung" als ein gegen den „Rechtsfrieden des Einzelnen" gerichtetes Delikt bezeichnet u. deshalb verlangt, daß der Bedrohte glauben müsse, die Verwirklichung der Drohung liege in der Macht des Drohenden, bzw. die Drohung sei ernstlich — d. h. im Sinne der ev. bevorstehenden Ausführung — gemeint; so z. B. Bruck V. gg. d. Willensfrht. S. 51, Zimmermann GS. **33** 619.

6) Der Dolus erfordert zunächst das Wissen u. Wollen sämtlicher Deliktsmerkmale; demgemäß muß der Wille des Drohenden darauf gerichtet sein, in dem anderen die Befürchtung vor einem zu erleidenden Übel zu erregen, er muß also wenigstens sich bewußt sein, daß er durch seine Drohung eine derartige Befürchtung hervorrufen könne (vgl. § 240 N. 13_1); **RG.** I 24. Feb. 81, 21. Sept. 82, E. **4** 10, R. **4** 705, III 16. März 99 E. **32** 102. In diesem Sinne muß der Vorsatz darauf gehen, die Drohung dem Bedrohten als ernstlich gemeint erscheinen zu lassen (Geyer **2** 23 u. HH. **4** 397), da sonst „die Ernstlichkeit des Willens, zu drohen", ausgeschlossen sein würde (vgl. § 240 N. 13_2); **RG.** III 15. Nov. 79 R. **1** 73, **RMG.** I 17. Juni 01 E. **1** 193. Daraus ergibt sich auch, daß der Wille des Drohenden nach dem Begriffe der Drohung notwendig darauf gerichtet sein muß, den

Rechtsfrieden des Bedrohten zu stören; so zit. **RG. E. 4** 10, Hälschner **2** 132, Meves N. 8, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 84; aM. Binding Lb. **1** 105 N. 2. Jener Wille und jenes Bewußtsein wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Drohung nur für den Fall einer **Bedingung** ausgesprochen wird; deshalb steht der Umstand, daß die Zufügung eines Übels als eine bedingte bezeichnet wird, der Anwendung des § 241 an sich nicht entgegen, da die Drohung **selbst** dadurch nicht als bedingte erscheint; ist die Bedingung eine solche, deren Eintritt nicht zu erwarten oder sogar unmöglich war, so kann allerdings die Ernstlichkeit des Willens, zu drohen, in Frage kommen, während ein solcher Zweifel nicht auftauchen wird, wenn das Übel für den Fall einer als bevorstehend angenommenen bestimmten Hdlg. des „anderen" angedroht wird; **RG.** IV 18. Mai 86, 1. Feb. 87, R. 8 362, **G. 35** 56, I 23. Jan. 90 **E. 20** 180.

Zu den Deliktsmerkmalen gehört der Umstand, daß mit Begehung eines „**Verbrechens**" gedroht werde, nicht, vielmehr ist, nach der Ausführung in N. 5, **jede** Drohung verboten, die „regelmäßig geeignet erscheint, den Bedrohten in der Freiheit seiner Entschließungen zu beeinträchtigen"; Binding Normen 2 533 f. Somit wird nur ein Strafbarkeitsmerkmal aufgestellt; ganz entsprechend der Ausführung in N. 13_1 zum § 240 muß aber auch hier die Regel des § 59 insoweit eine Ausnahme erleiden, als es um die Subsumtion der angedrohten Handlung unter den Begriff des „Verbrechens" sich handelt; so: v. Liszt S. 408, H. Meyer S. 617, Meves N. 6, Frank N. II 3, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 5; aM. v. Buri aO. S. 207.

Das ferner erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (§ 59 N. 30) wird häufig nicht vorliegen, wenn die Drohung im **Scherze** erfolgte, ohne daß sie dadurch unbedingt ausgeschlossen würde (vgl. § 185 N. 17); Binding Normen **2** 535 N. 769.

7a) Was das **Verhältnis** des § 241 zum § 126 betrifft, so ist nicht nur denkbar, daß das Verg. aus § 241 gleichfalls durch Bedrohung mit einem „gemeingefährlichen Verbrechen" verübt werde, denn durch ein solches, wie z. B. durch Brandstiftung, kann der „andere" recht wohl persönlich getroffen werden (Meves N. 3), sondern auch, daß durch eine solche Bedrohung eines einzelnen der „öffentliche Friede gestört" werde, so daß **Idealkonk.** (§ 73) möglich ist; Göhrs ZStrW. **19** 531.

b) Bloße **Gesetzes**- nicht Idealkonk. (§ 73 N. 12) liegt vor: beim Widerstande gg. die Staatsgewalt durch „Bedrohung mit Gewalt", sowie bei Nötigung durch „Bedrohung mit Begehung eines Verbr.", in welchen Fällen lediglich § 113 (**RG.** IV 28. Sept. 00 **G. 47** 434), bzw. § 240 (**RG.** III 21. Feb. 98 **G. 46** 136, II 3. März 03 **E. 36** 131) Anwendung finden.

8) Die **Strafe** ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—300 M. (§ 27).

Die **Strafverfolgung** verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **SchöffenG.**; GVG. § 27 [3a] (F. v. 5. Juni 05).

Neunzehnter Abschnitt.
Diebstahl und Unterschlagung.

1) Abweichend vom PrStGB. T. II Tit. 18 behandelte der Entw. I den „Diebstahl" und die „Unterschlagung" getrennt in den Abschnitten 20 u. 21 und zwar, nach den Motiven, um die „deutschrechtliche Auffassung, nach welcher die Unterschlagung ein der Art nach von dem Diebstahl verschiedenes Vergehen ist, dadurch zum Ausdruck zu bringen". Dem stand jedoch entgegen, daß die PGO. zwar im Art. 170 beide Delikte voneinander unterscheidet, dennoch aber die Unterschlagung unter „etlich articel vom Diebstall" gestellt hat. Schon der Entw. II kehrte zu der hergebrachten, auch dem Volksbewußtsein entsprechenden Anordnung zurück und behandelte demgemäß im Abschn. 19 „Diebstahl und Unterschlagung". Dieser Auffassung hat auch das StGB. selbst sich angeschlossen, das demnach im Abschn. 19, in Verbindung mit § 370[5], die **Materie** jener beiden strafb. Hdlgen i. S. des EG. § 2 regelt; Binding Hb. **1** 321.

2) Auf der anderen Seite hat man davon Abstand genommen, etwa nach dem Vorbilde des code pénal art. 381[5] (Seront punis de la peine de mort, les individus coupables de vols commis avec la réunion des cinq circonstances suivantes — 1...... 5. s'ils ont commis le crime avec violence ou menace de faire usage de leurs armes) den „Raub“ lediglich als eine Qualifikation des Diebstahls aufzufassen. Das RStGB. sieht vielmehr, auch hier in Übereinstimmung einerseits mit der PGO. Art. 126 („Straff der rauber“) und dem PrStGB. T. II Tit. 19, andererseits mit dem deutschen Volksbewußtsein, in dem „Raube“ ein vom Diebstahl wesentlich verschiedenes, selbständiges Delikt, welches dementsprechend auch in einem anderen Abschn. (Abschn. 20 „Raub und Erpressung“) behandelt wird. Es ist diese Auffassung nicht ohne praktische Bedeutung für die prozessuale Behandlung; vgl. § 249 N. 2.

§. 242.

Wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängniß bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. §§ 215—217$^{1-5}$. Entw. I §§ 215—217$^{1-5}$, II § 237. StB. S. 672—677.

Vgl. § 244 Abs. 1 sowie MStGO. §§ 16^{3}, 63^{1}.

Diebstahl im allgemeinen. N. 1—38. — **Definition** N. 1.

1) Das RStGB. hat die im PrStGB. § 215 gegebene Definition des Diebst. beibehalten und insbs. in sie eine Bestimmung, daß der Dieb die Absicht gehabt haben müsse, sich oder anderen **Gewinn** zu verschaffen, nicht aufgenommen; N. 35.

Objekt des Diebstahls. N. 2—13.

2) Objekt des Diebst. ist eine „fremde bewegliche Sache", also eine „Sache" (N. 3), welche die natürliche Eigenschaft, daß sie „beweglich" (N. 4), und die juristische, daß sie für den Täter eine „fremde" (N. 5—11) sei, haben muß.

3) Nur eine „Sache" d. h., dem regelmäßigen Sprachgebrauche des StGB. entsprechend (§ 137 N. 1), ein körperlicher Gegenstand kann Diebstahlsobjekt sein; RG. II 11. Feb. 81, IV 20. Okt. 96, E. 3 344, 29 111. Wenn nunmehr BGB. § 90 bestimmt „Sachen i. S. dieses Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände", so ist das eine zufällige, keineswegs eine notwendige Übereinstimmung, da der strafrechtliche Begriff ein selbständiger ist; zit. RG. E. 29 111, v. Bülow G. 45 320, Lobe Einfluß S. 15.

Dadurch ist zunächst ausgeschlossen, daß der lebende Mensch Gegenstand des Deliktes sein könne, denn er ist „Person" und nicht „Sache"; es sind deshalb im Abschn. 18 besondere Bestimmungen getroffen, die den Schutz des Menschen gegen Bemächtigung, Entziehung, Entführung 2c. sichern sollen; s. jedoch N. 6_2.

Andererseits können unkörperliche Sachen, wie namentl. Rechte, geistige Erzeugnisse, Maschinenkraft 2c., nicht Gegenstand des Diebst. i. S. des Abschn. 19 sein; furtum usus o. possessionis, literarischer Diebst. 2c. fällt nicht unter die Strafbestimmungen dieses Abschnittes. Können aber auch Rechte, insbs. Forderungen, kein Gegenstd. des Diebst. sein, so doch die darüber lautenden Urkunden, insbs. Schuldscheine und Sparkassenbücher (wg. letzterer s. jedoch N. 29_2); RG. IV 19. Juni 85 E. 12 313 (btr. § 246).

Keiner der drei Aggregatzustände schließt den Begriff der Körperlichkeit aus. Es können deshalb nicht nur feste, sondern namentl. auch flüssige und gasförmige Sachen Gegenstd. des Diebst. sein; so btr. — kalten o. warmen — Wassers in einem Leitungsrohr bzw. dem Sammelbehälter (auch sog. Brunnenstube) einer Wasserleitung, auch wenn diese zum öffentl. Nutzen angelegt ist u. zu öffentl. Benutzung stehende Brunnen speist (RG. II 11. Mai 86 E. 14 121, II 24. Juni 92, I 10. Mai 94, G. 40 172, 42 131); so ferner btr. Leuchtgas (RG. I 2. Okt. 84 E. 11 117). Nicht aber kann eine Kraft, wie die Elektrizität, als „Sache" angesehen werden (RG. zit. E. 29 111, I 1. Mai 99 E. 32 165); der hierüber bestehende Streit hat durch Erlaß des G. v. 9. April 1900 btr. die Bestrafung der Entziehung elektr. Arbeit praktisch seine Erledigung gefunden.

4) Die Sache muß „beweglich" sein, d. h., wie einstimmig angenommen wird, beweglich im natürlichen, nicht im zivilrechtlichen S.

Nicht beweglich ist der „Grund und Boden" und das mit ihm in festem, natürlichem oder künstlichem, Zusammenhange Stehende. Teile des Grund und Bodens können aber abgesondert und damit beweglich gemacht, folglich auch Gegenstand des Diebst. werden; so z. B. gewonnener Torf; RG. III 7. Juli 80 R. 2 166, II 27. Juni 90 E. 21 27. Andere am Grund und Boden vorgenommene Handlungen, wie z. B. eine Grenzverrückung (§ 274[2]), stellen sich nicht als Diebst. dar, weil dabei Grundstücksteile nicht beweglich gemacht werden.

Durch Aufhebung des natürlichen Zusammenhanges mit dem Boden werden Feld- und Gartenfrüchte sowie Holz „bewegliche" Sachen und somit an sich geeignete Gegenstände des Diebst. (vgl. jedoch N. 13). Ebenso kann an Gebäudeteilen nach Aufhebung ihres künstlichen Zusammenhanges mit dem Gebäude Diebst. begangen werden; vgl. RG. III 1. Okt. 81 E. 5 42.

5) Die bewegliche Sache muß ferner für den Täter eine „fremde" sein, d. h. im Eigentum eines anderen stehen; es genügt sonach nicht, wenn ein anderer nur ein Recht auf Übertragung des Eigentums hatte. Es handelt sich hier somit um eine juristische Frage, die lediglich nach dem am Orte der Tat geltenden Zivilrecht beantwortet werden kann, da es an jeder Möglichkeit, sie in anderer Weise zu lösen, fehlt; so die GM., insbs. RG. II 18. Dez. 83 R. 5 792. Handelt es sich also um einen im Inlande begangenen Diebst., so entscheiden die Grundsätze des BGB., soweit nicht das Landesrecht unberührt geblieben ist (EGBGB. Art. 55). Vgl. z. B. die über den Eigentumserwerb nach BGB. ergangenen Entsch. des RG.: IV 15. Nov. 04 E. 37 329 (btr. § 289), Eigentumserwerb an einer auf Grund Werkvertrages für einen anderen aus dem von diesem dazu

gegebenen Stoffe hergestellten neuen Sache (BGB. § 950); III 4. März 01 G. 48 129 (btr. §§ 288, 289) Eigentumserwerb beim Verkauf von Früchten auf dem Halm seitens des Pächters i. F. demnächstiger Trennung von Grund u. Boden (BGB. §§ 94, 956). Im besonderen ist hervorzuheben:

a) Das BGB., insbs. § 905, entscheidet an sich auch hinsichtlich des Eigentums an den unter der Oberfläche eines Grundstückes liegenden Naturschätzen. Allein nach EGBGB. Art. 67 sind die dem Bergrecht angehörenden landesgesetzl. Vorschriften unberührt geblieben; die hierdurch geschaffenen Modifikationen sind daher nach Landesrecht zu beurteilen; vgl. deshalb RG. IV 25. Nov. 87 R. 9 666, wonach insbs. der Bernstein zu den nach § 1 des PrABergG. v. 24. Juni 1865 von dem Verfügungsrecht des Eigentümers ausgeschlossenen Fossilien bzw. Mineralien nicht gehört; anders jedoch nach WestprProvinzialr., sowie nach Art. IV des G. v. 22. Feb. 1867. Vgl. im übrigen N. 36c. Unberührt geblieben sind auch durch das BGB. die dem Wasserrecht angehörenden landesgesetzl. Vorschriften (EGBGB. Art. 65); die Landesgesetze entscheiden deshalb darüber, inwieweit fließendes Wasser Gegenstand des Privateigentums sein kann; vgl. W. v. Hippel Wasserdiebstahl S. 3 ff.

b) Was die wilden Tiere und die Fische anbetrifft, so kommen wegen der Frage des Eigentums an ihnen in Betracht die §§ 958 f., 960 f. BGB., i. V. mit EGBGB. Art. 69, wonach die landesgesetzl. Vorschriften über Jagd u. Fischerei, unbeschadet der Vorschrift des § 958 Abs. 2 BGB., unberührt geblieben sind; nach der letzteren Vorschrift kann Eigentum namentl. dann nicht erworben werden, „wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzt wird," durch welchen Rechtssatz eine Streitfrage, die nach den bisherigen D. Landesgesetzen bestand, einheitlich entschieden ist.

c) Nach den früheren Landesrechten unterlag vielfachem Zweifel, und auch nach BGB. wird im Einzelfalle zweifelhaft sein können, wann jemand ein wildes Tier „in Eigenbesitz genommen" und dadurch an ihm das Eigentum erworben habe (BGB. § 958); denn es ist im ganzen Tatfrage, wann jemand „die tatsächliche Gewalt" über eine Sache erworben und so, falls dies mit Eigentumswillen geschah, den „Eigenbesitz" daran erlangt habe (BGB. §§ 854, 872). Allein, was besonders die wilden Tiere betrifft, so ist doch aus S. 1 des § 960 Abs. 1 BGB.: „Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden", zu folgern, daß die Besitznahme vollendet sei, sobald das wilde Tier durch Maßregeln, die auf seine Aneignung abzielen, seine Freiheit eingebüßt hat. Demgemäß ist in Übereinstimmung mit der früheren Praxis anzunehmen, daß das Eigentum an dem „wilden Tiere"

α. erworben sei, falls ein Fisch in ein von den Fischern in D. Küstengewässern z. Zwecke des Fischfanges aufgestelltes, am Meeresgrunde festgelegtes Netz geraten war, ferner ein wildes Tier in eine von dem Berechtigten auf seinem Grundstücke hergestellte Fangvorrichtung geraten und in ihr dergestalt festgehalten wird, daß es sich nicht befreien kann (RG. II 1. Dez. 96, 9. Mai 99, E. 29 216, 32 161); ebenso btr. der Vögel, die in den vom Jagdberechtigten hergestellten Schlingen eines Dohnenstieges sich gefangen haben (RG. III 25. Okt. 97 G. 45 440);

β. nicht erworben sei, wenn ein Fuchs infolge des Genusses vom Jagdberechtigten ausgelegten Giftes im Jagdgebiete verendet, mochte auch die Giftlegung mit dem Willen des Besitzerwerbes erfolgt sein (RG. II 24. Okt. 79 R. 1 14).

d) Nach S. 2 des § 960 Abs. 1 BGB. sind „wilde Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern nicht herrenlos"; sie können daher Gegenstand eines Diebst. werden.

α) Wann ein „Tiergarten" i. S. jener Gesetzesvorschrift anzunehmen sei, unterliegt wesentlich tatsächlicher Beurteilung; der maßgebende Gesichtspunkt ist aus S. 1 das. zu entnehmen, indem durch den Aufenthalt der „wilden Tiere" in dem btr. Gehege deren „Freiheit" aufgehoben erscheinen muß. Insoweit ist die ältere Rechtsprechung noch beachtlich, indem auch sie nach den Umständen des Falles die Beantwortung der Frage

unternahm, wann die Einhegung des Wildes eine derartige sei, daß es als im Besitze des Aneignungsberechtigten befindlich angesehen werden müsse; vgl. deshalb RG. III 6. Dez. 79, 16. Apr. 83, II 9. Nov. 94, R. 1 120, E. 8 273, 26 218.

β) Ähnlich liegt es mit der Frage, wann i. S. des § 960 Abs. 1 BGB. „geschlossene Privatgewässer" anzunehmen seien, eine Frage, die auch für das frühere Zivilrecht gleichmäßig zu beantworten war; vgl. RG. II 5. Feb. 84 E. 10 78.

e) Bezüglich der „Tauben" im besonderen kommt noch in gewissem Umfange das Landesrecht in Betracht, da nach EGBGB. Art. 130 die „landesgesetzl. Vorschriften über das Recht zur Aneignung der einem anderen gehörenden, im Freien betroffenen Tauben" unberührt geblieben sind. Während das GR. als solches derartige Vorschriften nicht hatte (vgl. RG. III 11. Juni 85 E. 12 308, nur partikularrechtl. könnten abweichende Normen aufgestellt sein), kommen solche für das Gebiet des PrALR. fortdauernd in Betracht; vgl. darüber RG. IV 12. Feb. 86, II 28. Feb. 90, E. 13 341, 20 271, Berlin (KG.) 12. Feb. 03 Jahrb. 25 C 84. Die Frage, ob die §§ 111 ff. PrALR. I 9 etwa auf gewisse Tauben, insbs. „Ziertauben" u. „Brieftauben", nicht zu beziehen seien, verneint das zit. E. 20 271 mit Recht; aM. btr. letzterer Berlin KG. 8. Mai 99 DJZ. 5 26, weil anzunehmen sei, daß diese jedermann zu halten berechtigt sei. Das G. v. 28. Mai 1894 btr. den Schutz der Brieftauben 2c. verbietet im § 1 die Anwendung der in Rede stehenden landesgesetzl. Vorschriften nur auf „Militärbrieftauben".

6) Die in N. 5 bezeichnete juristische Eigenschaft bedingt zunächst, daß die Sache überhaupt im Eigentum stehe. Das ist, ohne daß es darüber einer Bestimmung im BGB. bedurfte, ausgeschlossen bei allen Sachen, die vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der tatsächlichen Beherrschung durch menschliche Willkür entzogen sind, d. h. bei der freien Luft und dem offenen Meer — nicht auch bei dem fließenden Wasser, welches das röm. R. gleichfalls als res communis omnium ansah (N. 5a aE.).

Teile eines lebenden Menschen, wie Haare und Zähne, werden durch Trennung vom Körper „Sachen", während sie in ihrer Verbindung mit dem lebenden Organismus nur „Teile der Person" sind (N. 3_2); H. Meyer S. 534, Mittelstein G. 34 176. Daß diese losgelösten Teile, die auch Gegenstand des Verkehrs werden können, durch die Lostrennung vom Körper Eigentum desjenigen werden, dessen Körper sie bis dahin angehörten, kann wohl nicht zweifelhaft sein; so: Binding Lb. 1 258, v. Liszt S. 428, H. Meyer, Mittelstein aO.; aM. Frank N. III 2e.

7) Die Streitfrage, ob eine Leiche im Eigentum jemandes stehen und somit als „fremde" Sache Gegenstand des Diebst. werden könne, ist bei der Abfassung des PrStGB. schließlich i. S. der Verneinung beantwortet worden (Goltd. Mat. 2 270); daß man bei der Abfassung des RStGB. von einer anderen Auffassung ausgegangen sei, ist aber nicht ersichtlich. Wenn nun auch die Ansicht, daß eine Leiche außer Verkehr sei, für die Regel dem geltenden Rechte entspricht (das BGB. enthält keinerlei Bestimmung), so ist doch andererseits nicht zu zweifeln, daß Leichen unter Umständen Gegenstand des Handels und Verkehrs werden, daß demnach an ihnen auch Eigentumsrechte erworben werden können; es gilt dieses nicht nur von Mumien, Moorleichen und ähnlichen konservierten alten Leichen, sondern auch von den Leichen jüngst Verstorbener, sobald solche, meist mit Vorwissen der zuständigen Polizeibehörde, von dem Verfügungsberechtigten, z. B. an Anatomieen, Museen 2c., verkauft werden. So: Geyer 2 92, Hälschner 2 717, v. Liszt S. 445, H. Meyer S. 534, Schütze S. 348 N. 9, Frank N. III 2d, Rüd.-St. § 168 N. 2, Meves GS. 27 369, Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 51, Lehr Objekte d. Diebst. S. 19 f., E. Merkel Leichenraub S. 23. AM. Merkel HRl. „Diebst." u. HH. 3 633, nach dem schlechthin Leichen in niemandes Eigentum stehen sollen, ebenso Cramer Leichnam S. 44, 59, 68, weil der Leichnam juristisch keine Sache sei, während Mittelstein G. 34 180 annimmt, daß eine Leiche, die dauernd ihrer gewöhnlichen Zweckverwendung — der Beerdigung — entzogen und als Präparat o. Mumie erhalten sei, nicht mehr als Leichnam i. techn. S. angesehen werden könne u. deshalb eine eigentumsfähige Sache sei; dagegen begründe der sog. Leichenverkauf kein juristisches, sondern nur ein tatsächliches Verhältnis; der Empfänger dürfe die

Leiche nur zu wissenschaftlichen Zwecken verwenden u. müsse sie nach gemachtem Gebrauch zur Beerdigung herausgeben. Vgl. im übrigen N. 37c.

8) Herrenlose Sachen, d. h. solche, die zwar Gegenstände des Verkehrs sind, zur Zeit aber in niemandes Eigentum stehen, können nicht Diebstahlsobjekte sein. Gleichgültig ist es dabei, ob die Sachen bereits einmal im Eigentume jemandes gewesen sind oder noch nicht, ferner ob sie Gegenstand des freien Aneignungsrechtes sind oder ob das Aneignungsrecht an ihnen, sei es auf Grund allgemeiner zivilrechtlicher Normen, sei es als Regal, bestimmten Personen zusteht.

9) Zu den herrenlosen Sachen, die bereits im Eigentum sich befunden haben, gehören namentl. diej. Sachen, deren Besitz der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, aufgegeben hat, d. h. schlechthin, nicht nur zugunsten einer bestimmten Person, die sog. derelinquierten Sachen (BGB. § 959); **RMG.** I 19. Dez. 01 E. **2** 96. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen die zur Dereliktion notwendige Besitzaufgabe durch die Erklärung des Besitzers, er wolle die Sache nicht mehr besitzen, herbeigeführt werden könne, vgl. **RMG.** I 28. Apr. 02 E. **3** 10. In tatsächlicher Beziehung ist übrigens nicht selten zweifelhaft, ob der Eigentümer einer Sache in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, ihren Besitz aufgegeben hat. Da die Frage früher in gleicher Weise auftauchte, so sei auf Fälle aus der Praxis verwiesen, in denen Dereliktion nach der konkreten Sachlage angenommen (**RG.** II 29. März 81 R. **3** 174, München 19. Juni 76 St. **6** 297), oder verneint (Dresden 4. März 72, 24. Aug. 77, St. **1** 353, **7** 308) wurde. Freilich kommt für die Dereliktion auch der rechtliche Gesichtspunkt in Betracht, ob jemand nach den Vorschriften des BGB., insbs. über die Willens- u. die Geschäftsfähigkt., in gültiger Weise in der Lage ist, den Besitz einer Sache in der Absicht des Verzichtes auf das Eigentum aufzugeben.

10) Darüber, wann „gefangene wilde Tiere", einschließlich der „Fische", sowie wann „gezähmte Tiere" herrenlos werden, bestimmt, — abgesehen von dem N. 9 zit. § 959 — Abs. 2 u. 3 des § 960 BGB., während § 961 eine — übrigens mit § 960 Abs. 2 sich deckende — Sonderbestimmung btr. der Bienenschwärme gibt; diese war erforderlich, weil die den Schwarm bildenden Bienen für gezähmte wilde Tiere zu erachten sind, so daß an sich Abs. 3 des § 960 Platz greifen müßte.

Über von Natur zahme Tiere (Haustiere) enthält das BGB. in der hier in Betracht kommenden Beziehung keine besonderen Vorschriften; sie bleiben im Eigentum ihres Herrn, wenn sie auch entlaufen; so **RG.** II 13. Feb. 91 E. **21** 341 btr. des zahmen Schwans.

11) Die für das Diebstahlsobj. erforderliche rechtliche Eigenschaft (N. 5) bedingt ferner, daß die Sache im Eigentum eines anderen, als des Täters, stehe, wenn es auch der Feststellung, wer Eigentümer sei, nach der zutreffenden GM. nicht bedarf. Die Entscheidung der Frage ist hinfort für die Regel aus dem BGB. zu entnehmen (N. 5 Abs. 1); vgl. **RG.** IV 8. Nov. 98 E. **31** 321, das die Frage des Besitz- u. folgeweise des Eigentumserwerbes durch Einigung nach BGB. § 854 Abs. 2 (§ 929) berührt.

Im Eigentum eines anderen steht auch eine solche Sache, an welcher der Täter nur Miteigentum hat. Als solches gilt nach BGB. § 1008 nur das sog. dominium pro partibus indivisis, während das pro partibus divisis dem BGB. unbekannt ist;, dieses wird, soweit es z. Z. des Inkrafttretens des BGB. besteht, nach EGBGB. Art. 181, nach dem bisherigen Recht beurteilt. Der Miteigentümer kann mit Rücksicht auf den ihm nicht eigentümlich gehörigen Bruchteil der Sache Diebstahl (o. Unterschlgg.) an dieser als einer insoweit „fremden" begehen (vgl. § 274[1]); so die GM., insbs. **RG.** I. 9. Feb. 80, II 12. Apr. 81, IV 10. Juni 90, 15. Nov. 98, III 17., 27. März 84, 10. Dez. 88, E. **1** 193, **4** 83, **20** 436, **31** 317, **10** 257, R. **6** 239, **10** 715. Aus dem BGB. kommen namentl. folgende Fälle des Miteigentums in Betracht: §§ 923 (Grenzbaum — nach seiner Fällung — u. dessen Früchte), 947 f. (Verbindung bzw. untrennbare Vermischung o. Vereinigung bewegl. Sachen verschiedener Eigentümer), 963 (Vereinigung ausgezogener u. verfolgter Bienenschwärme mehrerer Eigentümer), 984 (Schatz), 1438, 1519, 1549 (Gesamtgut der Ehegatten), 2032 (Nachlaß).

12) Anderer Eigenschaften als der in N. 4—11 erwähnten bedarf es nicht, damit eine Sache Diebstahlsobjekt sein könne. Namentl. ist es unerheblich, ob die Sache einen nach Geld abschätzbaren Tausch- u. Handelswert hat (vgl. Gebauer Strafrechtl. Schutz wertloser Ggstände — Breslau 1893 — S. 58 ff.). So auf Grund der sog. Eigentumsdeliktstheorie die GM., insbs.: Dresden 6. Juli 74 St. 4 364, Berlin 19. Nov. 74 O. 15 803. AM. die Vertreter der sog. Vermögensdeliktstheorie: John ZStrW. 1 267, v. Bar MagDR. 4 18, Dörr Obj. d. Vermögensdel. S. 103. Auch Hälschner 2 281 erklärt das Erfordernis eines Vermögenswertes (im Gegensatz zum Tauschwert) für richtig, findet einen solchen jedoch schon darin, daß die Sache Eigentumsobjekt sei.

Eine andere Frage ist, ob nicht die Annahme einer „vollkommenen" Wertlosigkeit, namentl. auch die Abwesenheit eines jeden Interesses (Affektionswertes) für den Besitzer, den Dolus ausschließe; vgl.: Hälschner aO., Schütze S. 430 N. 8.

Der Wert der gestohlenen Sache ist lediglich als Strafzumessungsgrund zu würdigen. Dagegen hat der „unbedeutende Wert" des Gestohlenen eine Bedeutung für die Antragsfrage (§ 247 N. 2), auch bestimmt sich nach dem Werte des Gestohlenen die Zuständigkeit im Falle des einfachen Diebst. (N. 42).

13) Kraft gesetzlicher Vorschriften sind gewisse „fremde bewegliche Sachen" teils unbedingt, teils unter bestimmten Voraussetzungen davon ausgeschlossen, daß sie Objekte eines Diebst. werden können. Es kommen hier namentl. die nach EG. § 2, (das. N. 10) in Kraft verbliebenen besonderen Vorschriften über den Holz- (Forst-) Diebstahl sowie über strafb. Verletzungen der Forst- u. Feldpolizei-Gesetze in Betracht (N. 36b).

Auch Sachen, die dem Beuterecht unterworfen sind, können für Militärpersonen nicht Gegenstand eines Diebst., sondern nur des erlaubten oder unerlaubten Beutemachens werden (MStGB. § 128); vgl. Berlin 7. Mai 74 O. 15 292.

Die äußere Handlung. N. 14—25.

14) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Täter eine fremde bewegliche Sache (insofern sie überhaupt Diebstahlsobjekt sein kann; N. 13), „einem anderen wegnimmt." Das Gesetz sagt nicht „dem anderen"; es braucht deshalb derjenige, dem weggenommen wird, nicht der Eigentümer der Sache zu sein.

Voraussetzung des „Wegnehmens" (N. 21—25) seitens des Thäters ist, daß die Sache nicht nur überhaupt im Gewahrsam jemandes sei (N. 15—17), sondern daß eben ein „anderer" als der Täter selbst sie im Gewahrsam habe (N. 18—20).

15) Wie § 242 des RStGB., so sagt auch der vorbildliche § 215 des PrStGB. (N. 1) nicht „aus dem Besitze oder Gewahrsam eines anderen" (vgl. jedoch § 246 N. 8 sowie § 168 N. 4a), sondern lediglich „einem anderen" wegnimmt, weil — wie die Motive zum PrStGB. sich ausdrücken — daraus deutlich hervorgehe, daß der Bestohlene die Detention der Sache zur Zeit des Diebst. noch gehabt haben müsse, der Ausdruck „Gewahrsam" aber bei der Unklarheit der landrechtlichen Lehre vom Besitze möglichst zu vermeiden sei (Goltd. Mat. 2 459). Es erhellt hieraus, daß, wenn man aus § 242 den Satz ableitet, die Sache müsse zur Zeit der Tat im Gewahrsam jemandes sich befunden haben, hierbei an „Gewahrsam" i. S. des PrALR. I 7 § 2 oder eines anderen der z. Z. des Erlasses des RStGB. bestehenden Landesgesetze nicht zu denken ist. Es handelt sich hier überhaupt nicht, wie bei dem Begriff der „fremden" Sache, um zivilistische Gesichtspunkte (so: RG. II 30. Nov. 96 E. 29 209 btr. § 246, III 3. Mai 97 E. 30 88, IV 30. Okt. 00 G. 47 441, v. Bülow G. 45 322, Lobe Einfluß S. 28; aM.: Finger KrVJSchr. 44 579, Goldschmidt G. 47 352), vielmehr ist lediglich in Frage, wann i. S. des § 242 anzunehmen sei, daß jemand eine Sache derartig „habe" oder, falls man des Ausdrucks sich bedienen will, derartig „in seinem Gewahrsam" habe, daß sie ihm „weggenommen" werden kann; vgl. Binding Lb. 1 286, Hälschner 2 283 N. 6, Merkel HH. 3 638, Rotering GS. 35 354, 38 290, Lobe aO. S. 26 f., R. Schmidt DIZ. 5 149, letztere beiden im Hinblick auf den „mittelbaren Besitz" i. S. des BGB. § 868. Deshalb darf aber auch die Frage, ob ein früher bestandener derartiger Gewahrsam noch fortdauere o. aufgehört habe, ebensowenig nach zivilrechtl. Grundsätzen entschieden werden; dennoch bringen bezüglich der Haustiere, insbs. eines Hundes,

ohne weiteres BGB. § 856₂ zur Anwendung: RG. IV 24. Mai 01 G. 48 311, München OberstesLG. 13. Okt. 03 E. 4 76.

16) Völlige Übereinstimmung besteht darüber, daß ein juristischer Besitz nicht erforderlich sei; vgl. z. B. RG. III 1., 26. Okt. 81, 16. März 96, E. 5 42, R. 3 612, G. 44 43, I 13. Apr. 92 E. 23 71.

Im übrigen aber ist streitig, ob nur das physische Vermögen ausschließlicher tatsächlicher Herrschaftsausübung hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes, also lediglich ein räumlich-zeitliches Verhältnis zur Sache, erfordert werde, oder ob noch der Wille der Person, die Sache zu beherrschen, hinzutreten müsse. Diese letztere Ansicht erscheint als die richtige; denn die „Wegnahme" einer Sache in dem N. 15 erläuterten Sinne ist unmöglich, wenn niemand den Willen kundgegeben hatte, sie beherrschen zu wollen; so kann z. B. eine verlorene Sache, obschon jemand in ihrer unmittelbaren Nähe sich aufhielt und ihrer ansichtig wurde, nur deshalb aber den Willen, sie, wenn auch unter Anerkennung des Rechtes des Eigentümers, zu beherrschen, nicht faßte, weil er die Sache nicht für eine verlorene erachtete, niemandem „weggenommen" werden. So: Binding Lb. 1 286 u. Normen 2 547, Geyer 2 44, Hälschner 2 284, v. Liszt S. 428, Merkel HRl. „Diebst." S. 526 u. HH. 3 639, 641, H. Meyer S. 551, Frank N. IV, Rüd.-St. N. 7, Dickel Diebst. S. 29, Kapff Unterschl. S. 60, Rotering GS. 35 356, 364. AM.: RG. III 1. Okt., II 7., 13. Dez. 61, E. 5 42, 218, 222, RMG. 19. Dez. 01 E. 2 96, Berner S. 555, Lucas S. 329, Schütze S. 427, Oppenh.-D. N. 16, Rubo N. 8, Seeliger Bruch des amtl. Gewahrsams S. 17, Goldschmidt G. 47 353. Wenn dagegen RG. III 19. Juni 80 E. 2 232 von einem „rein tatsächlichen Willenszustand des bisherigen Inhabers" spricht und deshalb die Möglichkeit anerkennt, daß ein Geisteskranker den Willen haben könne, nicht nur eine Sache zu behalten, sondern auch sie an eine andere Person wegzugeben, so daß der Empfänger der Sache die Detention mit dem tatsächlichen Willen des Tradenten empfange, sie ihm also nicht wegnehme, so ist diese Ausführung durchaus zutreffend; mehr als ein solcher rein tatsächlicher Wille ist nicht erforderlich; so: Merkel HH. 3 644, v. Liszt, H. Meyer aO.; aM.: Binding Lb. 1 291, Finger KrVJSchr. 44 595. Aber die Existenz eines solchen Willens neben der physischen Möglichkeit faktischer Beherrschung der Sache ist doch wesentlich verschieden von dem rein „physischen Vermögen ausschließlicher thatsächl. Herrschaftsausübung"; vgl. auch das zit. RG. E. 23 71.

17a) Zu den Sachen, die in niemandes Gewahrsam stehen, gehören die „verlorenen" Sachen; nach der GM. (auf der auch BGB. § 965 fußt) ist eine Sache verloren, wenn der Ort, an dem sie sich befindet, dem letzten Inhaber entweder nicht (bzw. nicht mehr) bekannt ist oder auf bleibende Weise unzugänglich geworden ist; auch i. F. des BGB. § 978 handelt es sich übrigens um verlorene Sachen, obschon die Vorschriften der §§ 965—977 das. auf sie keine Anwendung finden. Zu beachten ist aber, daß nach dem Wesen des Gewahrsams der Inhaber einer Räumlichkeit auch den Gewahrsam der in dieser befindlichen Gegenstände hat, sofern nicht ein Dritter an einzelnen von ihnen vermöge besonderen Verhältnisses dazu eine den Inhaber der Räumlichkeit zurückdrängende Macht ausübt (so das N. 15 zit. RG. E. 30 88), o. sofern nicht eine Dereliktion innerhalb der eigenen Räumlichkeiten stattgefunden hat (N. 9); entsprechend dem zit. RG.: RMG. I 10. Sept. 01 E. 1 267. Den Eintritt eines Verlustes verneinte RG. III 4. Juli 95 G. 43 250 in einem Falle, wo zwar von einem Rollwagen ein Gegenstand zunächst unbemerkt herabgefallen war, der Kutscher aber doch in der Lage war, den Weg zurückzulegen und den Gegenstand aufzufinden.

Einer verlorenen Sache gleichzuachten, weil auch hier der Gewahrsam des bisherigen Inhabers aufgehoben wurde, ist ein entlaufenes zahmes o. Haustier, das die Rückkehrgewohnheit verloren hat (RG. II 13. Feb. 91 E. 21 341, Berlin 28. Mai 73 O. 14 408) oder doch derartig sich verlaufen hat, daß es nach Hause zurückzufinden außerstande ist (nicht aber schon deshalb, wenn es — ohne daß jene Voraussetzungen vorliegen — das Grundstück des Eigentümers verlassen hat; RG. IV 1. Apr. 90 G. 38 63

btr. zahmes Schwein). Vgl. jedoch die N. 15 aE. zitt. **RG.** G. **48** 311 u. München Oberstes LG. E. **4** 76, welche die Frage btr. der Haustiere lediglich nach BGB. § 856, entscheiden.

b) Zu unterscheiden sind dagegen von einer verlorenen Sache:

α. eine „verlegte" Sache, von welcher der Inhaber zwar weiß, daß sie innerhalb gewisser ihm zugänglicher Räume, aber nicht, an welcher bestimmten Stelle sie sich befinde, obgleich ihm solches früher bekannt war (vgl. **RG.** II 18. Jan. 81 E. **3** 201); eine solche Sache ist erst dann für „verloren" anzusehen, wenn die Nachsuchung als erfolglos aufgegeben ist; Berlin 27. Sept. 77 O. **18** 597;

β. eine „vergessene" Sache, die am dritten Ort liegen gelassen wurde, ohne daß dem Inhaber der Verbleib aus dem Gedächtnisse geschwunden ist oder daß äußere Hindernisse vorliegen, die deren Wiedererlangung verhindern; **RMG.** 14. Apr. 02 E. **2** 278, Berlin 5. Feb. 74, 30. Nov. 75, St. **3** 338, O. **16** 764; hier nehmen jedoch Hälschner **2** 286 u. Frank N. v trotzdem Verlust des Gewahrsams an, falls die Sache in der Räumlichkeit eines anderen, wo dessen Wille herrscht, zurückgelassen worden war (N. 25); über die in Straßenbahnwagen vergessenen Sachen vgl. Hilse G. **39** 409;

γ. eine „versteckte" Sache, die vom Inhaber gerade deshalb verborgen wurde, um das Wegnehmen zu verhüten, es sei denn, daß dem Inhaber die Verfügungsmöglichkeit über die Sache dauernd verloren geht, ohne daß er solche zuvor auf einen anderen übertragen hätte.

Teils weil einer dieser Fälle vorlag, teils weil aus anderen Gründen die Fortdauer des Gewahrsams angenommen wurde, sind dagegen nicht für verloren erachtet:

verschossene, in den Umschließungen eines Kugelfanges sich ansammelnde Munition; **RG.** III 10. Nov. 80 R. **2** 490;

die auf einem gestrandeten, von der Besatzung verlassenen Schiffe befindlichen Sachen (im fortdauernden Gewahrsam der Schiffsbesatzung stehend); **RG.** III 7. Feb. 84 E. **10** 84;

ein zugelaufener, jedoch nicht herrenloser, Hund bzw. vom Diebe auf fremden Grund und Boden verstecktes Holz; Dresden 22. Dez. 71, 4. März 72, St. **1** 281, **5** 353;

eine auf einem Abtritt abgelegte und demnächst vergessene Geldtasche; ein im Wirtshause aus Versehen zurückgelassener Hund bzw. vor Feinden versteckte Wertpapiere; München 6. Sept. 72, 12. Sept. 73, 1. Juni 74, St. **2** 103, **3** 61, **4** 99.

c) Erbschaftssachen insonderheit können nur dann Gegenstand des Diebst. werden, wenn sie in der tatsächlichen Gewalt eines Dritten sich befinden; **RG.** III 17. März 84, II 19. Apr. 01, E. **10** 257, **34** 252. Daran hat auch die Bestimmung des BGB. § 857, wonach der Besitz auf den Erben übergeht, nichts geändert; denn der zivilistische Begriff des „Besitzes" ist nicht maßgebend (N. 15 f.); zit. **RG.** E. **34** 252, v. Bülow G. **45** 322, Lobe Einfluß S. 26, R. Schmidt DJZ. **5** 149, auch Lucas S. 329 f. (S. 330 N. 1 dem Komm. eine abweichende Ansicht zuschreibend infolge mißverständlicher Auffassung der N. 16). Der Umstand, daß über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wurde, ist für die hier in Rede stehende Frage des Gewahrsams ohne Bedeutung; **RG.** IV 15. März 89 G. **37** 177.

18) Die Sache muß — was wesentlich tatsächlich zu entscheiden bleibt (so nach der Rechtspr. des **RG.**; ebenso **RMG.** I 25. Apr. 01 E. **1** 102 btr. des Gewahrsams des Kompagniechefs an den zu den Kompagniebeständen gehörigen Sachen) — in dem Gewahrsam eines anderen als des Täters selbst sich befinden; vgl. z. B. **RG.** I 5. Jan. 80 E. **1** 289 btr. den Gewahrsam des Verkäufers an einer gegen Barzahlung verkauften, dem Käufer vorher in die Hand gegebenen Sache, ferner **RG.** II 8. Feb. 81 R. **3** 14 btr. den Gewahrsam an dem in den Röhrenleitungen einer Gasanstalt befindlichen Gase. Übrigens muß der „andere" immer eine physische Person sein (vgl. N. 16,); **RMG.** I 19. Dez. 01 E. **2** 96.

Beides trifft zu bei Sachen, die in einem Warenautomaten sich befinden, so daß bezüglich ihrer ein „Wegnehmen" seitens Dritter stattfinden kann; Ertel Automatenmißbrauch S. 33, Schels Strafr. Automatenschutz S. 26, Meili DJZ. **3** 382, v. Kienitz ThürBl. **46** 45. Aber auch der Inhaber der Wirtschaft, in dem der Automat aufgestellt ist, kann nach den Umständen des Falles (Abs. 1) einen Diebst. begehen; **RG.** I 15. Juni 03 G. **50** 389.

Die Frage, ob die nach der ZPO. im Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommene Pfändung sowie der in der Versteigerung erteilte Zuschlag der Sachen von selbst u. notwendig den Verlust des Gewahrsams für den bisherigen Besitzer zur Folge habe, hat **RG.** IV 3. Juni 90 E. **20** 428 mit Recht verneint, folgeweise auch den Tatbestand des Diebst. seitens des bisherigen Eigentümers, weil er trotz Aneignung der fr. Sachen nach Erteilung des Zuschlages sie nicht „einem anderen weggenommen" habe. Darüber, daß auch die Konkurseröffnung als solche für die Frage des Gewahrsams einflußlos ist, s. N. 17c aE.

19) Die zu N. 18₁ bezeichneten Voraussetzungen liegen auch vor bei bestehendem Mitgewahrsam in dem Verhältnis des einen Mitgewahrsamsinhabers zu dem des anderen.

Ein solcher Mitgewahrsam kann zunächst bestehen unter gleichberechtigten Personen, wie z. B. zwei besitzenden Miteigentümern (N. 11); Binding Normen **2** 547, Geyer **2** 44, v. Liszt S. 429, Merkel HH. **3** 369 N. 3.

Ein Mitgewahrsam kann aber auch bestehen unter verschieden berechtigten, namentl. über- und untergeordneten, Personen und gerade ein solches Verhältnis ist von größter praktischer Wichtigkeit. In den Fällen des Vorliegens eines solchen Verhältnisses ist für den Tatbestand des Diebst. nicht entscheidend, ob der Täter selbst bereits Gewahrsam an der Sache hatte (aM. **RG.** III 1. Okt. 81 E. **5** 42), ob er an der tätsächl. Herrschaft über die Sache wissentlich einen Anteil hatte, sondern vielmehr, ob nicht ein anderer und zwar kraft besseren Rechts gleichfalls eine tatsächl. Herrschaft an der Sache ausübte, so daß durch die Wegnahme seitens der Minderberechtigten ein Stück faktischer Herrschaft des anderen aufgehoben wird. So namentl. Geyer **2** 44, v. Liszt aO. u. Merkel S. 319; vgl. dagegen Hälschner **2** 889, der es nicht nur für unbestritten erachtet, daß Dienstboten 2c. den Gewahrsam an den Sachen des Haus- o. Dienstherrn nicht schon dadurch erlangen, daß sie in der Lage sind, über sie leichter als andere zu verfügen, sondern auch bei den ihnen zur Verwahrung (Aufsicht) übergebenen Sachen im Einzelfall entschieden sehen will, ob ihnen der Gewahrsam der Sachen übertragen war oder ob sie nur stellvertretend den Gewahrsam ausübten; aM. auch Goldschmidt G. **47** 356 N. 22, 358. Ein derartiger Mitgewahrsam (über die Kasuistik s. insbs. Rotering GS. **38** 306 ff.) kommt namentl. vor:

a. beim Gesinde- o. einem ähnlichen Verhältnisse; in der tatsächlichen Annahme, daß die Herrschaft den Gewahrsam habe, ist Diebst. als vorliegend erachtet:

an Waren aus den Geschäftsvorräten seitens der in einem Laden als Verkäufer für Rechnung des Prinzipals angestellten oder beschäftigten Personen; **RG.** I 5. Apr. 80, IV 20. Juni 90, E. **2** 1, **21** 16, Berlin OAG. 28. Feb. 72 St. **1** 236;

an Geldern, die eine in einem Laden angestellte Person selbst für den Geschäftsherrn in Empfang genommen hatte, auch ohne zuvorige Abführung an die Geschäftskasse; **RG.** III 3. Mai 97 E. **30** 88;

an Gegenständen der Dienstherrschaft, die einem Dienstboten zum zweitweiligen Gebrauche innerhalb der eigenen Räume der Herrschaft, wie z. B. Bettwäsche, oder behufs einer damit vorzunehmenden Arbeit überwiesen waren (**RG.** II 11. Nov. 81 R. **3** 711, Dresden 2. Juni 71 St. **1** 88), und zwar auch nach dem Tode der Herrschaft bei Abwesenheit der Erben; Mannheim 9. Feb. 77 St. **8** 181;

an Arbeitsmaterial, das einem Arbeiter seitens des Arbeitsherrn zur Verarbeitung in den Arbeitsräumen des letzteren übergeben war; **RG.** IV 16. Mai 85 R. **7** 302;

an Baumaterialien, die in einem verschlossenen Verschlage verwahrt wurden, zu welchem der Vorarbeiter von seinem Arbeitgeber den Schlüssel erhalten hatte; **RG.** II 30. Nov. 96 E. **29** 209;

an Holz seitens desjenigen, der es im Auftrage eines Eigentümers eines Waldes fällt; Berlin 13. Nov. 73 O. **14** 717; vgl. auch **RG.** II 2. Dez. 81 E. **5** 180 btr. der Frage, ob ein Förster kraft der ihm anvertrauten Obhut den Gewahrsam der Bestandteile oder Erzeugnisse des Waldes habe;

an den den Gefangenen zur Benutzung überlassenen Sachen; Berlin 7. Mai 78 St. **8** 183;

b. bei Bestellung zum Aufseher; hier ist Diebst. seitens des Aufsehers angenom-

men an den Sachen, die in den zu bewachenden Räumlichkeiten (einem Wagen, einem Hause) sich befanden; Berlin 5. Nov. 73, 8. Sept. 74, O. 14 681, St. 4 165;

c. bei Niederlegung von Sachen in fremden Räumlichkeiten; Diebst. seitens des Inhabers (bzw. Eigentümers) der Räumlichkeit wurde angenommen:

an dem Koffer, den ein früherer Mitbewohner, zwar ohne Übergabe zur Aufbewahrung, jedoch mit Zustimmung des Inhabers der Wohnung in ihr zurückgelassen hatte; RG. I 24. Mai 80 E. 2 64 (vgl. jedoch § 246 N. 8 b β);

an dem Holz, welches ein Dieb auf fremdem Grundstück versteckt hatte; Dresden 4. März 72 St. 1 353;

d. bei Miets- und ähnlichen Verhältnissen; hier ist auf Grund der — nicht Ausschlag gebenden — Annahme, daß der Mieter den Gewahrsam erlangt gehabt habe, Diebst. seitens des Mieters an den in einem möblierten Zimmer mitvermieteten Sachen bzw. an von einem vermieteten Gebäude losgelösten Teilen zu Unrecht verneint; RG. II 12. Juli 80 R. 2 184, II 18. Feb., III 1. Okt. 81, E. 3 358, 5 42.

20) Auf welche Weise der „andere" den Gewahrsam erlangt hat, ist gleichgültig; auf die Rechtmäßigkeit der Innehabung kommt es nicht an; es kann deshalb auch einem Diebe eine von ihm früher gestohlene Sache in diebischer Absicht weggenommen werden; Merkel S. 319 u. HRl. „Diebst." S. 526 u. HH. 3 642, Oppenh.-D. N. 30, Rüd.-St. N. 14, v. Schwarze N. 12, Dickel Diebst. S. 37. Vgl. jedoch N. 33.

21) Das „Wegnehmen" wird von Rubo N. 6 in einem Gegensatz zum „Ansichnehmen" gebracht; allein, wenn man berücksichtigt, daß die Wegnahme „in der Absicht rechtswidriger Zueignung" (N. 26—32) geschieht, so wird man nicht anstehen dürfen, der GM. dahin sich anzuschließen, daß unter „Wegnahme" i. S. des § 242 (vgl. dagegen § 168 N. 5 b) nicht nur die Aufhebung des Gewahrsams des anderen (N. 22, 23), sondern auch die gleichzeitige o. wenigstens nachfolgende (Schels Strafr. Automatenschutz S. 35) Erwerbung des eigenen Gewahrsams (N. 24, 25) zu verstehen sei; aM. H. Meyer S. 555.

22) Die Aufhebung des Gewahrsams des anderen muß ohne dessen Willen geschehen; schon dann liegt eine Wegnahme im gewöhnlichen S. des Worts sowie eine Verletzung der die Gewahrsamsordnung schützenden Norm vor und keineswegs nur in dem Falle, wenn die Aufhebung wider den Willen des bisherigen Inhabers erfolgt; Binding Lb. 1 271 f., 292 u. Normen 1 213, 2 539 N. 773, Oppenh.-D. N. 34, Dickel Diebst. S. 41.

Demnach liegt eine Wegnahme nicht vor, wenn der Inhaber in die Aufhebung seines Gewahrsams einwilligt; so die GM., insbs. RG. II 7. Feb. 82 R. 4 129. Die Tatsache der Einwilligung des Inhabers und der dadurch bedingte Ausschluß einer Gewahrsamsverletzung kann auch nicht dadurch beseitigt werden, daß der Täter schon vor Erlangung des eigenen Gewahrsams an der Sache die Absicht hegte, über diese demnächst für sich zu verfügen; so Merkel HH. 3 645; aM. Berlin 20. Jan. 71 O. 12 45 (der vom Eigentümer gefällten Holzes mit dessen Abfuhr aus dem Walde Beauftragte begehe einen Diebst., wenn er des Holzes schon in der Absicht rechtswidriger Zueignung sich bemächtigt gehabt habe).

Als Zustimmung des Inhabers zur Wegnahme ist die bloße Einhändigung einer Sache nicht anzusehen; ebensowenig ist jede Nichtverhinderung der Wegnahme mit Zustimmung identisch; Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. 3 643 f., v. Liszt S. 429, H. Meyer S. 556, Dickel Diebst. S. 42. Aus dem letzteren Gesichtspunkte ist auch mit Cohn Versuch 1 454 (gegen Binding Normen 2 255) zu billigen Berlin 10. Apr. 74 O. 15 225 (der Käufer einer Quantität Spreu suchte den mit der Zumessung beauftragten Arbeiter zu veranlassen, ihm statt dessen Raps zuzumessen; letzterer ging im Einverständnisse seines Herrn soweit darauf ein, als er es geschehen ließ, daß der Käufer selbst des Rapses sich bemächtigte; es erfolgte Verurteilung des Käufers wegen Diebst.).

Notwendige Voraussetzung für die Annahme einer Einwilligung des Inhabers ist, daß er wenigstens zu einer tatsächlichen Äußerung seines Willens imstande sei (N. 16_2); die rein äußerliche Zustimmung eines Willenlosen schließt die „Wegnahme" nicht aus; Binding Lb. 1 291 u. Normen 2 539, Hälschner 2 289, Merkel HH. 3 644.

23) Was die Aufhebung des bestehenden fremden Gewahrsams betrifft, so ist zunächst das negative Moment wichtig, daß sie nicht „mit Gewalt gegen den Inhaber oder Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" geschehen darf, weil sonst Raub (§ 249) vorliegen würde.

Im übrigen aber ist die Art, wie der Gewahrsam aufgehoben wird, gleichgültig. Mit Recht wird deshalb allgemein die Heimlichkeit der Begehung nicht für notwendig erachtet; ebensowenig ist die Begehung „durch List" ein positives Erfordernis; vgl. jedoch Hälschner 2 288, dessen Ausführungen freilich im Grunde tatsächlicher Natur sind.

Auch die zur Aufhebung des Gewahrsams angewendeten Mittel sind gleichgültig; demgemäß macht es keinen Unterschied, ob der Täter die Aufhebung des Gewahrsams des anderen selbst bewirkt oder durch die Hand eines gutgläubigen Dritten oder durch Vermittelung eines Tieres, deren er als Werkzeuge sich bedient; so die GM., insbs. RG. IV 17. Okt. 90 E. **21** 110.

Auch darauf kommt es nicht an, daß die Entziehung der Sache aus dem fremden Gewahrsam durch deren körperliches Anfassen herbeigeführt werde (vgl. Cohn Versuch **1** 450); denn zweifellos kann z. B. der fremde Gewahrsam an Gasen, die also nicht greifbar sind, durch Öffnen der Hähne des sie einschließenden Leitungsrohres, aufgehoben werden.

Endlich ist auch das gleichgültig, ob die Sache bereits eine „bewegliche" war oder ob sie erst durch den die Aufhebung des fremden Gewahrsams herbeiführenden Akt zu einer beweglichen gemacht wurde (N. 4), wenn nur die Immobilie selbst im Gewahrsam eines anderen stand; auch das ist unerheblich, ob sie dadurch erst zu einer im Verkehr stehenden Sache wurde, wie z. B. das Haar eines Menschen durch Abschneiden (N. 6_2), denn nichts hat der Mensch mehr im Gewahrsam als die Teile seines eigenen Körpers; so H. Meyer S. 534; aM.: Rubo N. 9, Mittelstein G. **35** 178, eine Wegnahme liege hier nur dann vor, wenn der, dem die Haare abgeschnitten werden, sie während des Schneidens festhalte bzw. durch Zugreifen Innehabung erlangt habe.

24) Die Erwerbung des Gewahrsams seitens des Täters braucht sowenig eine Erwerbung des Besitzes der Sache zu sein, als wie es erforderlich ist, daß der „andere" vorher juristischen Besitz gehabt habe (N. 16_1); keineswegs ist notwendig, daß die Entziehung des Gewahrsams des anderen einen Besitzerwerb auf seiten des Täters zur Folge habe; so: Merkel HRl. „Diebst." S. 526 u. HH. **3** 642 f., Cohn Versuch **1** 451; anders, wenigstens im Wortausdruck, Hälschner 2 304.

Erforderlich ist dagegen, daß der Täter an der Sache einen Gewahrsam in dem oben N. 16 erläuterten S. erlangt habe; sonst liegt ein vollendeter Diebst. nicht vor; zur Vollendung genügt deshalb eine bloße Kontrektation nicht; deshalb kann ein Diebst. nicht dadurch begangen werden, daß jemand eine ihm zugängliche fremde bewegl. Sache einem (gut- o. schlechtgläubigen) Dritten verkauft und diesem zur Abholung bezeichnet o. überweist; auch hier muß der Verkäufer die Sache zunächst durch sein Tun dem Gewahrsam des Inhabers entzogen haben und sie dann erst in die Verfügungsgewalt des Käufers gebracht sein; so: RG. IV 17. Okt. 90 E. **21** 110, München OberstesLG. 25. Feb. 04 E. **4** 249, Hälschner **2** 288, Oppenh.-D. N. 42, v. Schwarze N. 14; aM.: Binding Lb. **1** 278, Merkel HH. **3** 643, H. Meyer S. 556, Schütze S. 472 N. 10 (dieser: es genüge die Zueignung der Sache „im Werte"). Andererseits ist es aber gleichgültig, ob die beabsichtigte Zueignung (N. 26—33) vollendet (so RG. II 11. Mai 86 E. **14** 121; aM. Binding Lb. **1** 255 N. 3), ob die über die Sache erlangte Herrschaft eine gesicherte sei, ob endlich eine Ablation der Sache stattgefunden habe (vgl. namentl. den dieses bestätigenden § 252); RG. II 4. Nov. 79 G. **27** 458, Merkel HH. **3** 664. Hiernach ist im § 242 die sog. Apprehensionstheorie zum Ausdruck gekommen; so die GM., auch H. Meyer S. 556, trotzdem er den Diebst. schon mit der Aufhebung des fremden Gewahrsams für vollendet ansieht (N. 21).

25) Die Frage, ob eine Apprehension, d. h. die Erlangung des Gewahrsams in dem mehrfach bezeichneten S., stattgefunden habe, ist wesentlich tatsächlicher Natur (N. 39). Dies zeigt sich namentl. in Fällen, wo jemand mit einer Sache in Diebstahlsvorsatz sich befaßt, ohne sie vom Orte der Tat sofort wegbringen zu können, insbs. also, wenn er sie in

den Räumen des Eigentümers bzw. Besitzers selbst versteckt; je nachdem der Täter hierdurch nur eine spätere „Wegnahme" erleichtert, oder mit dem Erwerb der eigenen Verfügungsgewalt bereits einen Anfang gemacht, oder endlich sie durch die Maßnahme bereits erlangt hat, — was nur nach der konkreten Sachlage beurteilt werden kann, — liegt entweder eine bloße Vorbereitungshdlg. oder Diebstahlsversuch oder vollendeter Diebst. vor. So: **RG**. III 9. Juli 85, I 21. Okt. 95, E. **12** 353, **27** 395, Dresden 2. Juni 71, 24. Juli 74, St. **1** 89, **4** 362, Berlin 20. Nov. 75 O. **16** 765. AM. Hälschner **2** 286, es könne höchstens Versuch vorliegen, weil der Täter die Sache im Gewahrsam des Hausherrn zurückgelassen und somit nicht selbst Gewahrsam erworben habe (s. o. N. 17 b β).

Vollendeter Diebst. wurde in der Praxis beispielsweise angenommen von: **RG**. III 22. Dez. 80 R. **2** 660, zit. E. **12** 353 (aM. ORA., der nur eine Vorbereitungshdlg. annahm; vgl. dagegen auch Goldschmidt G. **47** 353), Dresden 9. Dez. 72 St. **2** 281, Berlin 20., 28. Okt. 74, O. **15** 692, 717, durchweg Getreidediebst. btr., bei dem das in Verwahrungsmittel gefüllte Getreide zunächst noch am Aufbewahrungsorte zurückgelassen wurde. Liegt übrigens hierin schon vollendeter Diebst., so ist die notwendige Folge, daß dann die spätere Fortschaffung selbst, auch wenn sie mittels Einbruchs o. Einsteigens erfolgt (§ 243[2]), einen Diebst. nicht bildet; so auch das zit. **RG**. E. **12** 353.

Andererseits wurde die Verneinung der Vollendung gebilligt von **RG**. II 29. Sept. 85 R. **7** 539, weil tatsächl. Erwägungen den Vorderrichter zu der Annahme geführt hatten, daß in einem Falle, wo es um 3, zusammen 7 Ztr. Getreide enthaltende, Säcke sich handelte, das Einschütten in diese noch nicht ausreichend gewesen sei, die Verfügungsgewalt des bish. Inhabers aufzuheben; ähnlich II 15. März 89 G. **37** 179 sowie zit. E. **27** 395.

Absicht rechtswidriger Zueignung. N. 26—32.

26) Der Täter muß die fremde Sache eines anderen wegnehmen, „in der Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen". Demnach muß die erforderte „Absicht" bei der Wegnahme selbst bestehen; die erst nach vollzogener Wegnahme auftauchende Absicht rechtsw. Zueigg. erfüllt daher den Tatbestand des Diebst. nicht; Merkel HH. **3** 655, Rubo N. 10.

Die Absicht, die Sache „sich" u. nicht „einem anderen" zuzueignen (Binding Lb. **1** 274, der Vorsatz werde ausgeschlossen durch den Willen, die Sache nicht für sich, sondern für einen anderen zu haben), wird namentl. in Fällen fehlender gewinnsüchtiger Absicht (N. 35) der Prüfung bedürfen; vgl. aber die, Fälle der Unterschl. betreffenden, § 246 N. 21 zitt. Urteile.

27) Die „Absicht" der rechtsw. Zueigg. bezeichnet hier, wie sonst im StGB., die auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Tätigkeit, nicht aber lediglich den Vorsatz, weshalb insoweit auch Eventualdolus ausgeschlossen ist (§ 56 N. 6); so v. Liszt S. 432; aM. Binding Lb. **1** 285 N. 1 u. Normen **2** 558, 597. Der vom Täter verfolgte Endzweck soll damit nicht angedeutet werden; denn der kann gerade auf das Gegenteil der Zueignung, nämlich auf Zuwendung der Sache an einen Dritten gehen (N. 28); vgl. Berlin 10. Apr. 74, 5. Juli 76, 5. Dez. 77, O. **15** 225, **17** 493, **18** 771 sowie die Motive u. Hälschner **2** 292; aM. Frank N. VII, der „erstrebte Erfolg".

Die „Absicht" muß eine ernstliche und darf nicht nur vorgegeben sein; ob das eine oder das andere der Fall, unterliegt tatsächl. Beurteilung; **RG**. II 11. Juli 84 R. **6** 536.

28) Die Absicht, die einem anderen weggenommene Sache „sich zuzueignen" (vgl. über die davon verschiedene „diebische Absicht" § 243[7] N. 55) muß dahin gehen, die Sache dem Verletzten dauernd zu entziehen und an ihr selbst (N. 26_2) den Gesamtinhalt derjenigen Befugnisse auszuüben, die der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechtes ausübt; John ZStrW. **1** 256; ähnlich: v. Liszt S. 431 (Aneignung sei Ausübung des Eigentumsinhalts), Merkel S. 318, H. Meyer S. 553, Rotering GS. **36** 527, Ullmann Dolus b. Diebst. S. 66 (Absicht, über eine fremde Sache der Substanz nach durch Entziehung derselben zu verfügen); vgl. dagegen Frank N. VII 2, der die Absicht verlangt, über die Sache o. deren wirtschaftl. Wert unter Ausschlßg. des Berechtigten im eigenen Interesse ihrer wirtschaftlichen Bestimmung gemäß zu verfügen; fehlt dieses eigene Interesse, handelt man vielmehr im Interesse des Eigentümers der Sache, so findet eine „Zueignung" nicht

statt (vgl. § 370[6]); **RG.** I 22. Juni 05 **G. 52** , btr. Verwendung von Seife, wenn auch zur eigenen Reinigung, so doch im Dienste des Eigentümers bei Anspruch auf Lieferung der zum Bedarfe notwendigen Seife. Man kann die vom Gesetz erforderte „Absicht" auch mit Berlin 12. März 74 St. **4** 55, Hälschner **2** 291, Rüd.-St. N. 14, v. Bar MagDR. **4** 16 ff., Dörr Objekt d. Vermögensdel. S. 151 ff., Lehr Objekte d. Diebst. S. 15 charakterisieren als die Absicht, die fremde Sache „in sein Vermögen zu bringen", wenn man davon absieht, bei „Vermögen" an eine rechtliche Herrschaft zu denken; denn keineswegs verfolgt der Dieb die — nur in den seltensten Fällen ausführbare — Absicht, das Gestohlene auch seiner rechtlichen Herrschaft zu unterwerfen; aM. Rubo N. 11. Was die Auffassung des **RG.** betrifft, so hat zwar IV 10. März 85 **E. 12** 88 in wesentlicher Übereinstimmung mit der oben vertretenen Ansicht eine Zueignungsabsicht i. S. des § 242 nur angenommen bei Richtung des Willens des Täters darauf, über die Sache „mit Ausschluß des Berechtigten als Eigentümer" zu verfügen; andererseits haben sämtliche Straffenate nicht nur die Zueignungsabsicht anders aufgefaßt (N. 29), sondern namentl. auch den Satz aufgestellt, daß der Begriff der „Zueignung" nicht mit Notwendigkeit die auf definitive Entziehung der Substanz der Sache gerichtete Absicht voraussetze. Hiervon abweichend dagegen **RMG.** II 4. Okt. 02 **E. 3** 284, der „Zueignungswille" erfordere in negativer Beziehung die Absicht, den Berechtigten von der Sache auszuschließen, in positiver, die Sache ihrer Substanz nach in das eigene Vermögen zu bringen, über sie wirtschaftlich zu verfügen.

Abweichend erachtet Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. **3** 648 f. (vgl. jedoch Lehrbuch S. 318) — und ähnlich Villnow Raub S. 18 — dafür, daß die Absicht des Täters nur dahin gehen müsse, die Sache dem Willen und den Interessen eines anderen in ausschließender Weise dienstbar zu machen, daß dieser „andere" aber nicht notwendig der Täter selbst zu sein brauche; es sei sprachlich nicht unmöglich, auch von dem, der die Sache eigenmächtig Dritten zuwende, zu sagen, daß er sie „sich" zugeeignet, indem er durch die willkürliche Verfügung zugunsten Dritter die Stellung des Eigentümers usurpiere. Diese, namentl. von Rubo N. 11 bekämpfte, Ansicht erscheint nur insoweit richtig, als dadurch der vom Täter verfolgte Endzweck als gleichgültig bezeichnet werden soll (N. 27); hat der Täter die Sache aus dem fremden Gewahrsam in den eigenen gebracht, um sie aus diesem heraus durch eine weitere Handlung einem Dritten, sei es entgeltlich oder unentgeltlich, sei es nach vorheriger Verabredung oder ohne solche, zuzuwenden, so liegt die Absicht, zunächst die Sache „sich" anzueignen, und somit auch Diebst. vor; so auch die Note 27 zitierte Entsch.

29) Nach der Ausführung in N. 28 ist es keineswegs richtig, schon dann die Absicht rechtswidriger Zueignung anzunehmen, wenn der Wegnehmende beabsichtigt, über die Sache „eine Verfügung zu treffen, welche an sich nur dem Eigentümer zusteht"; abgesehen davon, daß an einer fremden Sache Rechte der verschiedensten Art für einen Nichteigentümer begründet sein können, so daß kaum von irgendeiner Verfügung sich sagen läßt, daß nur der Eigentümer zu ihr berechtigt sein könne (Rotering GS. **36** 527), so liegt in dem Vorsatze, eine Sache in einer gewissen Weise zu gebrauchen, auch dann, wenn diese Gebrauchsart regelmäßig nur dem Eigentümer zustehen sollte, keineswegs unbedingt die Absicht, über sie ihrer Substanz nach mit Ausschließung des Eigentümers selbst zu verfügen; aM. **RG.** I 1. Mai 84, II 23. Feb. 97, **E. 10** 369, **29** 415, III 13. Dez. 86 **R. 8** 751, IV 3. Okt. 90 **G. 38** 423 (die erforderliche Absicht liege schon dann vor, wenn der Wegnehmende auch nur eine einzelne Verfügung habe treffen wollen, welche zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers bzw. desjenigen, dem von letzterem das Recht dazu erteilt worden, gehörig betrachtet werden müsse); vgl. auch Maschke Eigentum S. 207 f., 215. Hiernach ist es zwar wesentlich eine tatsächliche Frage, ob die Absicht rechtswidriger Zueignung als vorliegend anzunehmen sei (vgl. z. B. **RG.** IV 17. Juni 84 **R. 6** 443, btr. Mitnahme von Gefangenkleidern seitens eines entfliehenden Gefangenen), jedoch kommen, wie aus obigem sich ergibt, auch rechtliche Gesichtspunkte in Betracht.

Was im besonderen die Sparkassenbücher anbetrifft, so kann in der Benutzung eines solchen (nach bewirkter Fortnahme) behufs Erhebung eines Teiles der Einlage bei

bestehender Absicht, das Buch dem Eigentümer wieder zuzustellen, eine Wegnahme des Buches in diebischer Absicht nicht gefunden werden; Binding Lb. 1 265, v. Liszt S. 431 N. 12, Lucas S. 338; aM., im Anschluß an die Praxis von Berlin OTr. (vgl. 27. Jan. 76 O. 17 68 btr. § 246): **RG.** zitt. E. 10 369, G. 38 423, III 29. Okt. 94 E. 26 151, u. btr. der gleich liegenden Frage bei der Unterschl. (§ 246 N. 12 vorl. Abs.): III 13. Dez. 86 R. 8 751, 7. März 91 E. 22 2, 18. März 93 G. 41 129, II 23. Feb. 97 E. 29 415, im Resultate auch Hartmann G. 40 259 sowie Frank N. VII 2 b u. ZStrW. 14 390; Binding Hb. 1 220 N. 6 bemerkt, daß die Praxis zu einer (gesetzlich verbotenen) analogen Anwendung sich entschlossen habe, so auch Meves in N. 1 zu dem zit. **RG.** G. 38 423; gegen die Praxis wenden sich unter Hinweisung auf den Betrugstatbestand: Binding Lb. 1 265 N. 1 (es sei daran auch nach BGB. § 808 festzuhalten), H. Meyer S. 586 N. 46, Rüd.-St. § 246 N. 9, Bauke (nicht: Brucke) G. 40 110, Doerr GS. 52 44 (vgl. jedoch § 263 N. 13_1, 17_3), während Schneider ZStrW. 14 41 lediglich Unterschlgg. des abgehobenen Geldes unter Konsumtion der gg. Diebst. bzw. Unterschlgg. des Buches gerichteten Strafandrohungen annimmt, Stenglein GS. 52 62 aber und Hölzenbein Sparkassenbuch u. Spargutbaben im Strafr. (Diss. Göttingen 1895), insbs. S. 12 ff., ebenso wie das zit. **RG.** G. 38 423, die Annahme einer Realkonk. (§ 74) von Diebst. u. Betrug vertreten, die in der neueren Praxis des **RG.** nicht mehr aufrechterhalten wird.

30) Einzelne Fälle, in denen die Frage nach dem Vorliegen der Absicht rechtswidriger Zueignung besonders praktisch ist, sind folgende:

a) Die Absicht, eine Sache bloß zu gebrauchen, schließt die diebische Absicht aus (**RG.** I 23. Feb. 93 E. 23 22 btr. Wegnahme von Biermarken seitens eines Kellners behufs Begehung eines Betruges bei der Abrechnung), selbst bei Wertsverminderung oder beim Eintritt unbeabsichtigter Zerstörung; anders dagegen, wenn der Gebrauch zugleich ein völliger Verbrauch ist oder eine Entwertung der Sache mit sich führt; Hälschner 2 292, v. Liszt S. 431, Merkel HH. 3 650, Dickel Diebst. S. 54, Rotering GS. 36 533.

b) Eine beabsichtigte „Verpfändung" läßt dann nicht auf eine diebische Absicht schließen, wenn der Wegnehmende bei deren Vornahme die Wiedereinlösung und demnächstige Rückgabe beabsichtigte; es liegt alsdann nur ein nicht als Diebst. zu qualifizierender „Gebrauch" (a) vor; so: Binding Lb. 1 269 N. 1, Hälschner 2 292, Merkel HH. 3 650, H. Meyer S. 554, Frank N. VII 2 b, v. Schwarze N. 17, Dickel Diebst. S. 54; aM. Oppenh.-D. N. 42. Jener ersteren Ansicht sind auch **RG.** III 20. Dez. 83 R. 5 797, I 7. Jan. 84, III 3. Juli 84, E. 9 382, 11 68, indem sie die Meinung, daß die Verpfändung einer fremden Sache bedingungslos als deren Aneignung aufgefaßt werden müsse, der rechtlichen Begründung entbehrend erklären; allein das **RG.** und ebenso v. Liszt S. 432 u. Merkel S. 318 fordern neben der Absicht der Wiedereinlösung „die begründete Aussicht rechtzeitiger Wiedereinlösung" bzw. „die in den Umständen begründete Überzeugung, das tun zu können"; obschon zuzugeben ist, daß „die bloße Hoffnung o. unbestimmte Erwartung, zur Wiedereinlösung demnächst imstande zu sein, der Verpfändungsabsicht den Charakter der rechtswidrigen Zueignungsabsicht nicht nehmen kann", so scheint doch jenes Erfordernis zu weit zu gehen, indem ein allerdings wichtiges Beweismoment für maßgebend angesehen wird, während das Bestehen oder Nichtbestehen der „Absicht" der entscheidende Umstand ist; vgl. Binding aO. u. Hälschner 2 352 btr. § 246. Immer kann freilich nur der die Verpfändung beschränkende Wille des Täters selbst von rechtlicher Bedeutung sein, während das Tun und Lassen eines Dritten außerhalb des Willensbereiches des Täters liegt und folglich Diebst. anzunehmen ist, wenn der Wegnehmende die Sachen verpfändet und einem Dritten die Pfandscheine zustellt in der Erwartung, dieser werde sie wieder einlösen; zit. **RG.** E. 11 68.

Auch die Absicht des Wegnehmenden, die Sache nur „zum Pfande zu besitzen" und sie ev. im geordneten Wege zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung zu machen, deckt sich nicht mit der diebischen Absicht; so: **RG.** IV 10. März 85 E. 12 88, Lucas S. 338, H. Meyer S. 555, Frank N. VII 2 b, v. Wächter S. 414, v. Schwarze N. 16 A. 1, Bachem Diebst. S. 30, 36, John ZStrW. 1 257, 267, v. Buri GS. 33 418. Wenn aber John

(ähnlich Ullmann Dolus b. Diebst. S. 54) annimmt, daß auch aus dem demnächstigen Verkaufe die Zueignungsabsicht nur dann folge, wenn der Verkaufende den Überschuß behalte, indem das Recht, eine Sache zu verkaufen und dem Käufer an ihr Eigentumsrechte zu übertragen, ein Ausfluß des Pfandrechts sei, so erscheint dies deshalb unrichtig, weil durch die Wegnahme der Sache rechtlich ein Pfandrecht nicht begründet wurde und in dem Verkaufe jedenfalls eine Verfügung über die Substanz mit Ausschluß der Rechte des bisherigen Inhabers liegt; so auch das zit. RG. E. 12 88, das deshalb zutreffend Zueignungsabsicht auch dann annimmt, wenn der Wille schon bei der Wegnahme auf eigenmächtige Veräußerung gerichtet war, ferner: Hälschner 2 292 N. 2, 298 N. 1, H Meyer u. Frank aO. sowie v. Buri aO., der daher, falls die Absicht schon bei der Wegnahme der Sache auf deren Veräußerung gerichtet war, Diebst., anderenfalls Unterschlagg. annimmt; vgl. auch N. 32b.

c) Bei einer beabsichtigten „sofortigen Zerstörung" der Sache wird meist schon die Erlangung des Gewahrsams nicht vorliegen (N. 25); sollte sie aber zu bejahen sein, so wird man auch die Zueignungsabsicht auf seiten des Täters annehmen müssen, da der Fall alsdann mit demjenigen gleichliegt, wo der Täter den Gewahrsam erwirbt, um die Sache demnächst einem Dritten zuzuwenden; der verfolgte Endzweck, der eine Entäußerung des Gewahrsams für den Täter zur Folge hat, kann nicht entscheidend sein (N. 27). So: Lucas S. 337, Ullmann aO. S. 70, Bachem Diebst. S. 36; ähnlich Villnow Raub S. 17; auch Hälschner 2 299 erkennt die Folgerichtigkeit dieser Ansicht an. Anders die GM., insbs. RG. III 7. Juni 82 R. 4 537, I 11. Nov. 84, 12. Juli 02, E. 11 239, 35 355, die hier das Vorliegen einer auf rechtsw. Zueigg. gerichteten Absicht in Abrede stellt; vgl. auch G. 42 30, insbs. das N. * abgedruckte RG. III 7. Juni 83. Je nach der Willensrichtung erachtet Diebst. o. Sachbeschädgg. für vorliegend W. v. Hippel Wasserdiebst. S. 34 (der übrigens den diesseitigen Standpunkt nicht richtig wiedergibt); ähnlich Dörr Objekt d. Vermögensdelikten S. 185.

31) Die Absicht des Täters muß darauf gerichtet sein, die Sache sich „rechtswidrig" zuzueignen. Deshalb liegt kein Diebst. vor, wenn zwar die Wegnahme der Sache rechtswidrig, die Zueignung selbst dagegen erlaubt war; Berlin OAG. 10. Jan. 74 St. 3 338.

War die Zueignung nicht rechtswidrig, so liegt ein Diebst. selbst dann nicht vor, wenn der Täter die Sache in dem irrtümlichen Glauben wegnahm, ihre Zueignung sei eine rechtswidrige, während sie in Wahrheit erlaubt war; aM. Rubo N. 10.

Selbstverständlich muß der Täter, da der Diebst. ein doloses Delikt ist (N. 33, 34), auch das Bewußtsein haben, daß die beabsichtigte Zueignung eine rechtswidrige sein würde; Berlin 7. Feb. 78 St. 8 179.

32 a) Eine Zueignung ist objektiv „rechtswidrig", wenn für den Wegnehmenden ein Recht auf eigentümliche Erwerbung der Sache nicht besteht.

Ein solches Recht kann zunächst durch Rechtssatz begründet sein; vgl. z. B. BGB. § 910 sowie btr. des im Gebiete des PrALR. Zueignungsrechtes der im Freien betroffenen Tauben N. 5e.

Ein solches Recht kann ferner durch die Einwilligung des nicht besitzenden Eigentümers entstehen; jedoch schließt nicht schon die Zustimmung des Eigentümers zur Wegnahme den Diebst. aus, sondern nur die Erlaubnis zur Aneignung; so: Binding Lb. 1 293 u. Normen 2 548, 555, Hälschner 2 290, H. Meyer S. 557, v. Wächter S. 413; aM.: Schütze S. 429, Dickel Diebst. S. 42. Aus dem N. 31 Bemerkten folgt, daß es darauf, ob dem Wegnehmenden die Einwilligung des Eigentümers in die Zueignung bekannt sei, nicht ankommen kann, daß vielmehr der Diebstahlsbegriff durch eine solche Einwilligung unbedingt ausgeschlossen wird; so: Binding Lb. 1 272 u. Normen 2 558, Hälschner 2 291, H. Meyer S. 556; Schütze S. 429, Oppenh.-D. N. 43, v. Schwarze N. 14 A. 4, John, Ruhstrat, ZStrW. 1 262, 395; aM. Merkel HH. 3 653 (vgl. jedoch § 246 N. 18).

Ein Recht der in Rede stehenden Art ist endlich auch da begründet, wo ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Sache selbst besteht; so: Lucas S. 338, Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. 3 654, v. Liszt S. 432 (wenn berechtigte Selbsthilfe vor-

liegt), H. Meyer S. 555, v. Wächter S. 415, Oppenh.-D. N. 45, v. Schwarze N. 16, Ullmann Dolus b. Diebst. S. 68, auch Maschke Eigentum S. 201 f. (der Wegnehmende habe sich nicht gg. das Eigentum, sd. gg. den Eigentümer vergangen, weshalb kein Delikt gg. die Eigentumsordnung, sd. eines gg. die Persönlichkt. vorliege); aM. Hälschner 2 296 (im Resultate jedoch wegen fehlender Vermögensbeschädgg. Diebst. gleichfalls für ausgeschlossen ansehend). Voraussetzung ist dabei freilich, daß es um ein Recht auf sofortige Zueignung, also um einen bereits gegenwärtigen Anspruch, sich handele, während ein Recht, nach gewisser Zeit oder nach Eintritt gewisser Bedingungen die Übertragung der Sache zu Eigentum zu fordern, die objektive Widerrechtlichkeit nicht beseitigen kann; vgl. Binding Lb. 1 272 u. Normen 2 546 N. 785.

b) Dagegen liegt an sich, d. h. objektiv, eine „rechtswidrige" Zueignung allerdings dann vor, wenn der Täter eine fremde Sache sich zueignet, um wegen eines anderen Anspruches gegen den bisherigen Inhaber sich zu decken, mag der Anspruch auf eine vertretbare o. nicht vertretbare Sache gehen; so die GM., insbs. RG. I 9. Feb. 80, IV 10. März 85, E. 1 193, 12 88, auch Hälschner 2 298 (Diebst. jedoch wegen fehlender Vermögensbeschädgg. für ausgeschlossen ansehend); aM. die Motive, „weil hier der Täter nicht durch die Tatsache der Wegnahme allein sich die Sache aneignen will, sondern zugl. auf Grund seines Anspruches auf Befriedigung aus dem Vermögen seines Schuldners, welchem er die Sache eigenmächtig entzogen", und im Anschluß an diese v. Schwarze N. 16; ähnlich Ruhstrat ZStrW. 1 386 u. Ullmann aO., beide nur eine formelle Rechtsverletzung annehmend, während Diebst. eine materielle Rechtswidrigkeit erfordere, ferner Pacic Verhältnis d. unerlaubten Selbsthilfe z. d. Vermögensdelikten (Diss. München 1897) S. 25 ff., 35 ff.

Diese Ansicht erscheint auch für den besonderen Fall richtig, daß Geld für eine begründete Geldforderung weggenommen wird, sofern nicht der Anspruch auf Übertragung gerade der weggenommenen Geldstücke bestand; RG. III 5. März 94 E. 25 172, Berlin 16. Sept. 74 St. 4 165 (das N. 34_4 zit. RG. E. 2 184 beruht auf der Berücksichtigung des subjektiven Momentes); aM. Binding Lb. 1 272 N. 5.

Selbstverständlich kann jedoch auch in diesen Fällen von Diebst. keine Rede sein, wenn der Wegnehmende in erlaubter Selbsthilfe o. wenigstens in der irrigen Annahme einer solchen handelte (BGB. §§ 229, 231 sowie N. 34_3).

Dolus. N. 33—35.

33) Der Dolus beim Diebst., als vorsätzlichem V., besteht im Wissen und Wollen sämtlicher Deliktsmerkmale; da nun das Delikt einerseits gegen die Gewahrsamsordnung (N. 22), andererseits gegen das Eigentum (N. 26) sich richtet, so fordert der Diebst. nach Binding Lb. 1 273, 294 u. Normen 1 213 f., 2 550 notwendig einen doppelten Verletzungsvorsatz, der sich zusammensetzt „aus dem Willen bewußt widerrechtlicher Aneignung einer fremden Sache und bewußt widerrechtlicher Wegnahme aus fremdem Besitze"; es begeht deshalb keinen Diebst., wer die beschlagnahmte und damit nach VZG. § 156 Eigentum des Staats gewordene Sache zwar rechtswidrig, aber in Unkenntniß von dem Verluste seines Eigentums wieder in Besitz nimmt; RG. II 4. Mai 86 E. 14 112. Da übrigens die Vollendung der Zueignung nicht zum Tatbestande gehört (N. 24), so muß der auf Verletzung des Eigentums gerichtete — eine Richtung der Vorstellung auf bestimmte Objekte nicht erfordernde (RG. VStS. 7. Juli 86 E. 14 312) — Vorsatz „über die Vollendung" hinausreichen, was zur Folge hat, daß in der Verwirklichung dieses Vorsatzes nach der juristischen Vollendung des Deliktes der Tatbestand eines neuen Vergehens nicht gefunden werden kann; RG. II 11. Mai 86, IV 15. Jan. 02, E. 14 121, 35 64 (letzteres btr. Nichtanwendung des § 274[1] auf die vom Diebe vorgenommene Vernichtung einer gestohlenen Urk.), Binding Normen 2 479, 454, 541 ff., Rotering GS. 36 523 (§ 246 N. 9). Deshalb kann insbs. im Falle der Begehung eines Diebst. in Mittätersch., bevor eine weitere Verfügung über das gestohlene Gut getroffen wird, der eine Dieb dadurch, daß er das gesamte (wenn auch aus einer Mehrheit gleichartiger Sachen bestehende) Diebstahlsobjekt aus dem Verstecke an sich nimmt und sich zueignet, keinen neuen Diebst. begehen (N. 20); so RG. III 2. Feb. 85 E. 11 438; aM. v. Liszt S. 430 N. 7, es handele sich nicht um

Verwirklichung der ursprünglichen Absicht geteilter Aneignung. Anders freilich, wenn die Rechtsverhältnisse an der Sache inzwischen sich geändert haben, so namentl. dadurch, daß sie dem Diebe abgenommen ist; vgl. RG. II 20. Okt. 85 R. 7 597, andererseits jedoch das N. 37b zit. RG. E. 2 318.

Das Moment der „Beweglichkeit" der Sache bildet ein Deliktsmerkmal nicht; was das Gattungsdelikt der widerrechtlichen Aneignung betrifft, so ist kraft positiver Bestimmung nur die Strafbarkeit der einen Seite desselben ausgesprochen, während die andere Seite, die Aneignung einer Immobilie, straflos gelassen ist (Binding Normen 2 541 f.); das in der Besitzstörung i. w. S. sich darstellende Delikt aber hat in seiner Beziehung auf den Liegenschaftsbesitz in den §§ 123 ff. Berücksichtigung gefunden. Ein Irrtum hinsichtlich der Eigenschaft der Beweglichkeit der Sache, indem Täter den zivilrechtl. Begriff für anwendbar und infolgedessen z. B. eine im natürlichen S. bewegliche Sache für eine nicht bewegliche hält (N. 4), ist sonach auf den Dolus einflußlos; aM. H. Meyer S. 546 N. 51.

34) Zum Dolus gehört nach N. 27 u. 33 vor allem auch das Bewußtsein davon, daß die beabsichtigte Zueignung eine rechtswidrige sei (N. 31_3).

Demnach liegt der erforderliche Dolus nicht vor, falls der Täter in der, wenn auch nicht zutreffenden, Voraussetzung handelt, der Inhaber werde die Wegnahme oder der Eigentümer die Zueignung genehmigen, bzw. sei mit dem einen oder dem anderen einverstanden, beides übrigens wohl zu unterscheiden von der Annahme einer demnächstigen Verzeihung; so die GM.

Auch dann fehlt es am Diebstahlsdolus, wenn der Täter in Unkenntnis oder Irrtum über zivilrechtl. Grundsätze zu der objektiv unberechtigten Wegnahme oder Zueignung sich für befugt erachtete; RG. I 9. Feb. 80 E. 1 193, Binding Lb. 1 273 u. Normen 2 546, 548, Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. 3 655, v. Wächter S. 415, Dickel Diebst. S. 26.

Die subjektive Rechtswidrigkeit wird endlich meist auch dann fehlen, wenn der Täter Geld wegnimmt behufs Befriedigung für eine begründete Geldforderung, die ihm an deren Besitzer zustand; denn wenn auch die Aneignung objektiv unberechtigt war (N. 32b), so wird der Wegnehmende bei der fast ausnahmslosen Vertretbarkeit des Geldes annehmen dürfen, daß die bestimmten Geldstücke als solche für deren Besitzer nicht in Betracht kommen; so RG. I 17. Juni 80 E. 2 84 (btr. § 249, im Resultate von John u. Ruhstrat, ZStrW. 1 248 ff., 384, gebilligt); aM. Geyer 2 45, der hier Diebst. annimmt. Zu weit gehen dagegen v. Wächter S. 415 u. v. Bar MagDR. 4 20, die allgemein die Wegnahme und Aneignung von Sachen des Schuldners, um wegen einer Forderung daraus sich zu befriedigen, nicht für Diebst. erachten; richtig dagegen: v. Liszt S. 432, H. Meyer S. 555, Frank N. VII 3, Oppenh.-D. N. 45; vgl. auch das N. 32 vorl. Abs. zitierte RG. E. 25 172, die Anwendung des § 242 werde durch das bloße Motiv der Selbsthilfe nicht ausgeschlossen.

35) Während Entw. I § 215 verlangte, daß die Wegnahme der Sache rechtswidrig in der Absicht, durch deren Zueignung sich und einem anderen Gewinn zu verschaffen, geschehe, hat der Entw. II und demnächst das StGB. selbst eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen; nach den Motiven wurde in dem „Motive" des Diebes nur ein Moment für die sittliche und rechtliche Würdigung des Diebst. gefunden, der Umstand aber, ob das Motiv Habsucht oder Gewinnsucht gewesen, in bezug auf den Tatbestand für gleichgültig erachtet. Hiernach und angesichts der Legaldefinition des Diebstahls gehört eine „gewinnsüchtige Absicht" nicht zum Dolus; so die GM., insbs. RG. III 5. März 94 E. 25 172.

Ebensowenig wird der Vorsatz der Bereicherung auf fremde Kosten vom Gesetze gefordert, weshalb auch der das Entgelt für die weggenommene Sache Hinterlegende einen Diebst. begeht, falls er nicht die Zustimmnng (Genehmigung) des Eigentümers annimmt (N. 34_1); so: Binding Lb. 1 274, v. Liszt S. 430, Merkel HRl. „Diebst." S. 527 u. HH. 3 658, H. Meyer S. 554, Schütze S. 430 N. 9, Oppenh.-D. N. 45, Bachem Diebst. S. 37, Lehr Objekte d. Diebst. S. 17; aM. die Motive sowie: Birkmeyer HRl. „Gewinns. Absicht", Dickel Diebst. S. 60, namentl. aber Hälschner 2 293 ff., 300, auch Dörr Objekt d. Vermögensdel. S. 196 ff.

Ebensowenig ist endlich die Absicht der Vermögensbeschädigung eines anderen ein

Tatbestandsmoment nach Maßgabe der bestehenden positiven Gesetzgebung; so: Binding aO., v. Buri GS. **33** 420; aM. John ZStrW. **1** 260, Diebst. sei ein Vermögensverbr., bei dem die vorsätzliche Beschädigung oder Verletzung fremden Vermögens als ein selbstverständliches Tatbestandsmoment aufgefaßt werden müsse; ebenso: Hälschner **2** 303, v. Wächter S. 414, v. Bar aO. S. 16, 20, Dörr aO.

Verhältnis des Diebstahls zu anderen strafb. Hdlgen. N. 36—38.

36 a) Was das **Verhältnis** des Diebst. zu anderen strafb. Hdlgen betrifft, so kommen von letzteren namentl. diejenigen in Betracht, die an sich den Tatbestand des Diebst. erfüllen, jedoch infolge des Hinzutritts eines weiteren Momentes derartig privilegiert sind, daß sie unter den Diebstahlsbegriff des Abschn. 19 nicht mehr fallen. Wenn die an sich die Annahme eines Diebst. rechtfertigenden Feststellungen, insbs. hinsichtlich des Diebstahlsobjektes und des Ortes der Tat, die Möglichkeit eröffnen, daß eines der „besonderen" Gesetze betroffen sein könne, so muß im Zweifel das mildere Gesetz zur Anwendung kommen (RG. II 18. Dez. 83 R. **5** 793), d. h. die Anwendung der Diebstahlsstrafen ist nicht gerechtfertigt, falls nicht die Feststellungen in ihrer Gesamtheit die Nichtanwendbarkeit des besonderen Gesetzes ergeben; RG. II 26. Apr. 81 R. **3** 249 (btr. PrFFPG.), Berlin 1. Juni 72, 12. Juni 74, 20. Feb., 11. Apr. 78, O. **13** 328, **15** 399, **19** 83, St. 8 180 (btr. PrFPO. bzw. PrHDG.). Hiernach ist auch zur Verneinung der strafverminb. Umst. eine Mehrheit von $^2/_3$ der Stimmen erforderlich; RG. zit. R. **5** 793, III 28. Jan. 82 E. **5** 404 (btr. § 370⁵).

b) Während aus dem StGB. selbst in dieser Beziehung § 370⁵ zu nennen ist, kommen weiter die durch EG. § 2_2 (das. N. 10a, b) in Kraft erhaltenen „besonderen Gesetze", insoweit diese Hdlgen, die an sich unter den Diebstahlsbegriff fallen, mit Strafe bedrohen, also namentl. die Holz- (Forst-) Diebstahls- sowie die Forst- u. Feldpolizeigesetze, in Betracht. Aus der Praxis sind folgende mit Bezug auf solche ergangene Entscheidungen hervorzuheben:

I. btr. Bayerisches Recht. Es ist für anwendbar erachtet:

α. BayerForstG. v. 28. März 1852 bzw. 26. Sept. 79 bei Entwendung von gefälltem, aber noch nicht zum Verkaufe o. Verbrauche zugerichtetem Holze; RG. I 4. März 86 E. **13** 383;

β. BayerPolStGB. v. 26. Dez. 1871 beim zum Zwecke der Entwendung erfolgenden Ausreißen von Pflanzen in einem Garten, insbs. einem Vorgarten vor einem städtischen Hause; RG. I 3. Juli 84 R. **6** 497; ferner bei Entwendung von Bäumen, die außerhalb eines Forstes stehen, gleichviel welchen Wert dieselben haben, dsgl. von Baumstützen, welche zur Unterstützung von Bäumen auf freiem Felde (Acker) nicht bloß bestimmt, sondern in befestigtem Zustande wirklich verwendet und folglich Pertinenzen des Baumes sind; München 12. Mai, 13. Juni 73, 6. Feb. 74, 23. Nov. 75, St. **2** 321, 354, **3** 339, **5** 348.

Dagegen wurden die Diebstahlsvorschriften angewendet bei Wegnahme von Weinbergspfählen aus Weingärten; RG. I 27. Sept. 88 E. **18** 128;

II. btr. das BraunschwPolStGB. v. 27. Nov. 1872; dessen Anwendung wurde für ausgeschlossen erachtet bei Entwendung von Früchten aus Schobern, Mieten und Gruben auf dem Felde; Wolfenbüttel 14. Apr. 74 St. **4** 162;

III. btr. Preußisches Recht. Es ist für anwendbar erachtet:

α. das PrFDG. (zum Begriff des „Abraums" i. S. des § 1³ vgl. RG. II 7. Feb. 02 E. **35** 161): bei Entwendung von Baumstämmen, die, ohne vom Boden getrennt worden zu sein, zu Merkzeichen hergerichtet worden sind; RG. II 5. Okt. 83 E. **9** 72; bei Entwendung stehender Weidenruten von Anpflanzungen auf Anlandungen der Flußufer, sofern die Anlandungen die Eigenschaft der im § 1 FDG. bezeichneten Grundstücke haben; RG. IV 25. Okt. 89 E. **20** 11 (PrFFPG. § 18 sei unanwendbar, da die Anlandungen nach der tats. Feststllg. nicht unter die das. namhaft gemachten Orte zu rechnen seien);

β. das PrFFPG. bei Entwendung: von Bäumen u. Strauchwerk auf Grundstücken, welche nicht hauptsächlich zur Holznutzung bestimmt waren, ohne Unterschied, ob eine Abtrennung bereits erfolgt war oder nicht, ob die Bäume 2c. eine regelmäßig wiederkehrende Nutzung gestatteten oder nicht; RG. III 1. Juni 81 E. **4** 268; von „Bodenerzeugnissen"

(vgl. über deren Begriff i. S. des § 18 des G.: RG. II 1. Nov. 92, FS. 30. Juli 94, I 16. Jan. 02, E. 23 269, 26 101, 35 67) von einer Grabstätte, falls tatsächlich festgestellt wird, daß der Friedhof (bzw. das Grab) nach den vorliegenden Verhältnissen als „Gartenanlage" (vgl. über deren Begriff i. S. des § 18 des G.: RG. II 27. Okt. 96 E. 29 138) aufzufassen ist; RG. I 26. Okt. 82 E. 7 190, III 15. Jan. 83 R. 5 30; übrigens nur unter der Voraussetzung, daß der Wert des Entwendeten (nicht der des angerichteten Schadens) 10 M. nicht übersteigt; Berlin KG. 26. Okt. 93 Jahrb. 14 343.

Dagegen sind die Diebstahlsvorschriften angewendet bei Entwendung: geernteter Feldfrüchte, die zur dauernden Aufbewahrung in Mieten auf dem Felde sich befanden bzw. nach dem Einreißen und Ausdrusch des Stakens, in dem sie zur Einheimsung aufbewahrt wurden, auf dem Felde belassen waren (RG. II 7. Feb. 82, 2. Nov. 83, E. 5 385, 6 163), einer zur Düngung aufs Feld gebrachten und dort mit dieser Zweckbestimmung noch lagernden Quantität Dünger (RG. IV 16. Dez. 90 E. 21 245, II 1. Okt. 97 G. 45 430), losgelöster o. losgebrochener Teile einer Einfriedigung (RG. II 11. Jan. 95 E. 26 367),

während die Frage, ob der Uferbesitzer durch die Wegnahme und Aneignung von Weiden, die auf einer auf Grund des § 5 des PrStrombauverwaltgsG. v. 20. Aug. 1883 für den Staat in Besitz u. Nutzung genommenen Anlandung an eine strombauliche Anlage gewachsen sind, in allen Fällen einen Diebst. oder einen nach dem FDG. strafb. Forstdiebst. begehe, nach Maßgabe der bisherigen Feststellungen von RG. IV 25. Jan. 89 E. 18 436 unentschieden gelassen werden mußte (ganz abgesehen davon, ob nicht Eigentum des Uferbesitzers an den Weiden anzunehmen war, so daß ev. nur § 289 Platz greifen würde);

IV. btr. das KglSächsForststrafG. v. 30. Apr. 1873; es wurde für anwendbar erklärt bei unbefugter Wegnahme von Harz, das an Waldbäumen ohne Zutun des Täters ausgeflossen war; RG. III 5. Juli 83 E. 9 60;

V. btr. das GroßhHessFeldstrafG. v. 21. Sept. 1841, das bei Entwendung eingeernteter Früchte, welche auf dem Felde zur einstweiligen Aufbewahrung untergebracht waren, nicht für anwendbar erachtet wurde; RG. I 12. Jan. 93 E. 23 386; vgl. auch I 8. Dez. 02 E. 36 28 btr. der Voraussetzungen, unter denen Entwendungen von Blumenstöcken 2c. von Gräbern eines Friedhofs als Feldpolizeiübertretungen anzusehen;

VI. btr. das WürttembPolizeistrafG. v. 27. Dez. 1871, das bei Aneignung von Obstbäumen, als „Bodenerzeugnissen", für anwendbar erachtet wurde; RG. I 4. Mai 93 E. 24 124.

c) Was das Verhältnis zu den gegen unbefugte Gewinnung von Mineralien gerichteten Strafbestimmungen betrifft, so haben, unter Ausschluß des § 2 des PrG. v. 26. März 1856 über die Bestrafung unbefugter Gewinnung u. Zueignung von Mineralien, die Diebstahlsvorschriften Anwendung zu finden auf die unbefugte Aneignung von Mineralien aus Halden; RG. IV 8. Okt. 88 E. 18 188.

Bezüglich des PrG. v. 22. Feb. 1867 btr. die Bestrafung der unbefugten Aneignung von Bernstein ist anzunehmen, daß es nur in Kraft geblieben sei, soweit es gegen das fiskalische Gewinnungsrecht gerichtete Hdlgen (vgl. Abschn. 25 N. 3a), nicht aber soweit es die diebische Aneignung des dem Grundstückseigentümer gehörigen Bernsteins (o. N. 5a) mit Strafe bedroht; denn eine solche Aneignung ist Diebst., dessen Materie das StGB. geregelt hat; die bezügliche Strafvorschrift des PrG. würde daher nur in Kraft geblieben sein, wenn sie als eine „besondere" im EG. § 2, „namentlich" aufgeführt worden wäre, was nicht geschehen ist; aM. RG. IV 25. Nov. 87 R. 9 656, das freilich mit dieser Frage nicht speziell sich beschäftigt. Nimmt man übrigens an, daß dem Wortlaute des Art. IV § 1 des zit. G. entsprechend, der Staat wirklich Eigentümer des gefundenen Bernsteins sei, so würde Unterschlagg. (§ 246) vorliegen und deshalb die fortdauernde Geltung des Gesetzes überhaupt zu verneinen sein.

37) Das Verhältnis des Diebst. kommt ferner in Betracht:

a) Zum § 133; ist der „Gegenstand" der Beiseiteschaffung eine „fremde Sache", so tritt Idealkonk. (§ 73) ein, wenn die Hdlg. gleichzeitig eine Wegnahme in der Absicht rechtswidriger Zueignung darstellt; so: RG. II, III 19. Dez. 87 E. 17 103, John HH. 3

185, Frank § 133 N. II 2, v. Schwarze N. zu § 133₂, Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrsams S. 93; aM. Binding Lb. 2 605 (N. 5), § 133, dessen negatives Erfordernis Mangel der Aneignungsabs. sei, sei gegenüber den §§ 242 ff., 246, 350 subsidiär; ebenso v. Liszt S. 570. Vgl. noch §§ 246 N. 26b, 350.

b) Zum § 137; Diebst. und Arrestbruch können in Idealkonk. miteinander treten; Binding Lb. 2 622. Wenn jedoch der Dieb die ihm abgenommene und beschlagnahmte Sache wieder wegnimmt, in der Absicht, über diese als Eigentümer zu verfügen, so wird hierhin meist nur ein Bestreben, wieder in die Lage vor der Beschlagnahme zu kommen (N. 33) und somit eine Verwirklichung des früheren diebischen Vorsatzes herbeizuführen, zu erkennen, folglich die Annahme eines neuen Diebst. ausgeschlossen sein; RG. I 11. Okt. 80 E. 2 318.

c) Zum § 168 bzw. § 367¹; handelt es sich um eine Leiche, die Gegenstand des Verkehrs geworden ist (N. 7), so ist Idealkonk. für ausgeschlossen zu erachten u. § 242 findet ausschließlich Anwendung (vgl. §§ 168 N. 2d, 367¹ N. c). Andererseits aber liegt Konkurrenz vor, wenn mit einer nicht im Verkehr befindlichen, im Gewahrsam eines Berechtigten stehenden Leiche Sachen weggenommen werden, die entweder an der Leiche selbst oder im Sarge bzw. Grabe o. Grabgewölbe sich befinden; namentl. ist im Falle stattgefundener Bestattung eine Dereliktion jener Gegenstände nicht anzunehmen (N. 9), während sie ferner im „Gewahrsam eines anderen", sei es des Friedhofseigentümers, sei es des Besitzers des Grabgewölbes stehen; so die OM., insbs. das N. 9 zit. Dresden St. 7 308; aM. einerseits Binding Lb. 1 187 u. Normen 2 553 N. 798 u. Dickel Diebst. S. 25, die Dereliktion annehmen, sowie v. Liszt S. 427 u. Frank N. 3 II g, die es für Tatfrage erachten, ob Dereliktion eingetreten sei, andererseits Rotering GS. 35 360, 38 294, der das Bestehen eines Gewahrsams an solchen Gegenständen, namentl. seitens der Friedhofsverwaltung, bestreitet.

d) Zum § 223; zwischen Diebst. u. Körperverlzg. kann Idealkonk. stattfinden; vgl. N. 6₂, 23₃ sowie §§ 223 6b, 223a N. 5₂ aE.

e) Zum Sprengstoff G. § 9; Idealkonk. kann stattfinden, da der Tatbestand des § 9 mit dem Augenblicke der Besitzergreifung erfüllt ist; RG. IV 8. Dez. 85 E. 13 145.

f) Ferner sind zu vergleichen die: §§ 246 (N. 1, 19), 249 (N. 10c), 252 (N. 10), 266 (N. 16aα), 274 N. 14 Ib, 289 N. 1₂, 291 N. 2 f., 292 N. 1₃ (296 N. 1, 370⁴ N. a), 303 N. 12b, 370² N. d, 370⁵ N. a, hα, iα.

38) Für die Frage, ob eine einheitliche Hdlg. oder eine Mehrheit selbständiger Hdlgen (§ 74) vorliege, wird beim Diebst. und ebenso bei der Unterschlgg. (§ 246), weil diese Delikte nicht gegen die Persönlichkeit (vgl. dagegen § 73 N. 10 IIa), sondern vielmehr gegen übertragbare Vermögensrechte gerichtet sind, mit Recht allgemein angenommen, daß die Einheit der in ihrem Eigentum verletzten Person nicht die unumgängliche Voraussetzung der Einheitlichkeit der Hdlg. bilde. Entscheidend wird man vielmehr dasjenige Merkmal zu erachten haben, durch das der Diebst. von anderen Deliktsarten derselben Gattung sich unterscheidet, d. h. den Bruch des fremden Gewahrsams; Bünger ZStrW. 8 674 f.

Einfacher Diebstahl. N. 39—42.

39) Der § 242 enthält den in den N. 3—38 dargestellten Tatbestand des technisch (vgl. § 244₁) sog. einfachen Diebstahls im Gegensatz zu dem im § 243 behandelten schweren Diebst. Wegen des einfachen Diebst. im wiederholten Rückfalle s. §§ 244, 245.

Der „Versuch" des einfachen Diebst. ist im Abs. 2 für strafbar erklärt, obgleich der Diebst. begrifflich die Vollendung der Zueignung nicht erfordert (N. 24 sowie § 43 N. 28b).

Vollendet ist der Diebstahl, sobald die „Wegnahme" der Sache (N. 21 ff.) erfolgreich ausgeführt ist. Ob das der Fall, unterliegt wesentlich tatsächlicher Beurteilung (N. 25; RG. IV 22. Apr. 92 G. 40 51); doch folgt aus dem Begriffe der „Wegnahme", daß es unrichtig sein würde, bei Beurteilung des Sachverhalts lediglich die Person des Diebes u. dessen Absicht und nicht zugleich die Person des bisherigen Inhabers u. dessen Verhältnis zur Sache ins Auge zu fassen. In der Praxis wurde z. B., unter Verneinung eines bloßen Versuchs, vollendeter Diebst. angenommen: bei Wegnahme eines Koffers von einem

Wagen und dessen Hinterlegung an einem dem Beschädigten unbekannten, wenn auch in dem Hause, in dem er sich aufhielt, befindlichen Ort; bei Wegschaffung von Getreide aus einem Magazin auf einen vor ihm haltenden Wagen; Berlin 5. Nov. 73, 10. Apr. 74, O. **14** 681, **15** 225.

Da die Wegnahme meist in einem einzigen Akt sich vollzieht, so liegt es in der Natur der Sache, daß für den Begriff des Versuchs beim einfachen Diebstahl nur eine beschränkte Anwendbarkeit besteht; Hälschner 2 304, Merkel HRL. „Diebst." S. 528 u. HH. 3 667. Immerhin ist ein Versuch des einf. Diebst. denkbar und ein solcher liegt dann vor, wenn von dem Täter in der Absicht, eine fremde bewegl. Sache rechtswidrig sich anzueignen, mit der Handlung des Wegnehmens begonnen ist; RG. IV 21. Okt. 84 R. **6** 641. Ob eine straflose Vorbereitungshdlg. oder das Vorhandensein eines Anfangs der Wegnahme anzunehmen, ist wesentlich Sache der tatsächlichen Feststellung; gefunden worden ist ein solcher in dem Ausstrecken des Armes nach dem btr. Objekt; RG. II 9. Juli 80 R. 2 179. Besonders augenfällig ist der Anfang des Wegnehmens, wenn die zu stehlende Sache erst „beweglich" (N. 4) o. zu einer im Eigentum stehenden Sache (N. 6_2) gemacht werden muß. Möglich ist übrigens auch der Fall eines sog. beendigten Versuchs (§ 46 N. 6), der namentl. dann eintreten kann, wenn der Täter die Wegnahme durch einen Dritten bzw. ein Tier (N. 23_3) bewerkstelligen wollte; so Cohn Versuch **1** 456; aM.: Hälschner aO., Dickel Diebst. S. 45 N. 3.

Möglicherweise kann hiernach schon in dem Öffnen eines unverschlossenen Behältnisses, insbs. in dem Öffnen und unbefugten Betreten eines verschlossenen Zimmers mit der Absicht, dort zu stehlen, ein Diebstahlsversuch gefunden werden, dann nämlich, wenn nach der Sachlage die Eröffnung des Behältnisses die Voraussetzung der Vollführung der Wegnahme bildete und gleichzeitig nach den gegebenen Verhältnissen in jener Handlung der rechtswidrige Wille des Täters für genügend „objektiviert" zu erachten war; RG. II 13. Jan. 82 R. **4** 44, Berlin 20. Feb. 74, 26. Apr. 76, O. **15** 106, **17** 282.

Wegen Diebstahlsversuchs an einem untauglichen bzw. bei fehlendem Objekte vgl. § 43 N. 20 f.

40) Wegen Mittäterschaft vgl. § 47 N. 3 ff. sowie wegen der Möglichkeit einer für den einen Mittäter als Diebst., für den anderen als Mundraub sich qualifizierenden Mittäterschaft § 370⁵ N. bα.

Wegen Anstiftung, insbs. Exzesses über den Vorsatz des Anstifters hinaus, vgl. § 48 N. 16. Wegen Beihilfe, insbs. durch Unterlassung, vgl. § 49 N. 12.

41) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16); wegen AbER. vgl. § 248.

Der Versuch (N. 39) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

Wegen Strafantrag und Strafausschließung vgl. § 247.

42) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist, wenn der Wert des Gestohlenen 150 M. nicht übersteigt (§ 47 N. 30), **SchöffenG.**, sonst, insbs. in allen Fällen, wo dieser Wert nicht festgestellt werden kann (namentl. im Falle des Versuchs; § 44 N. 12), **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. § 27⁴ (F. v. 5. Juni 05), §§ 73¹, 75⁶.

§. 243.

Auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn

1) aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude Gegenstände gestohlen werden, welche dem Gottesdienste gewidmet sind;
2) aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird;
3) der Diebstahl dadurch bewirkt wird, daß zur Eröffnung eines Gebäudes oder der Zugänge eines umschlossenen Raumes, oder zur Eröffnung der im Innern befindlichen Thüren oder Behältnisse falsche Schlüssel oder

andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge angewendet werden;

4) auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze, einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn, oder in einem Postgebäude oder dem dazu gehörigen Hofraume, oder auf einem Eisenbahnhofe eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörende Sache mittels Abschneidens oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel, oder durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge gestohlen wird;

5) der Dieb oder einer der Theilnehmer am Diebstahle bei Begehung der That Waffen bei sich führt;

6) zu dem Diebstahle Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben, oder

7) der Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Thäter in diebischer Absicht eingeschlichen, oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wird, auch wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind. Einem bewohnten Gebäude werden der zu einem bewohnten Gebäude gehörige umschlossene Raum und die in einem solchen befindlichen Gebäude jeder Art, sowie Schiffe, welche bewohnt werden, gleich geachtet.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

PrStGB. §§ 217^6, 218^{1—4, 6—7}, 220—224. Entw. I §§ 217^6, 218^{1—4, 6, 7}, 220—222, II § 238.
Vgl. §§ 244 Abs. 1, 250^4.

1) § 243 behandelt den technisch (vgl. § 244_1) sog. schweren Diebstahl (wegen eines anderen Falles des qualifizierten Diebstahls vgl. § 252). Der Tatbestand des schweren Diebst. ist nicht vollständig wiedergegeben, vielmehr zum Teil ersetzt durch eine mittels der Ausdrücke „gestohlen, Diebstahl, Dieb“ geschehende Verweisung auf den Tatbestand des einfachen Diebst. aus § 242 (vgl. deshalb das. N. 1—38), während im übrigen unter den Nr. 1—7 nur die straferhöhenden Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 hervorgehoben werden.

Wegen schweren Diebstahls im wiederholten Rückfalle vgl. §§ 244, 245.

Zu § 243 Nr. 1. N. 2—4.

2) Die Gründe für die Straferhöhung im Falle der Nr. 1 liegen einerseits in der Beschaffenheit (N. 3), andererseits in dem Aufbewahrungsorte (N. 4) des Diebstahlsobjektes.

3) „Gegenstände, welche dem Gottesdienste gewidmet sind“, bilden das erforderliche Objekt.

Wegen „Gottesdienst“ vgl. § 167 N. 2a; da das Gesetz keinerlei Beschränkung beifügt, so erachtet die GM. es mit Recht für gleichgültig, ob es um öffentlichen oder privaten Gottesdienst, desgleichen, ob es um den Gottesdienst einer mit Korporationsrechten versehenen oder irgendeiner anderen Religionsgesellschaft sich handele.

Daß die „Gegenstände“, womit lediglich „bewegliche Sachen“ (§ 242 N. 4) gemeint sind, geweihte oder gesegnete (konsekrierte oder benedizierte) im kirchenrechtl. S. (vgl. Richter-Kahl Kirchenr. S. 1305) seien, wird nicht erfordert; Binding Lb. I 297, Geyer 2 46, v. Liszt S. 434, H. Meyer S. 558, v. Wächter S. 422. Es ist vielmehr nur notwendig, daß sie der ihnen gegebenen Bestimmung gemäß unmittelbar zur Ausübung des Gottesdienstes dienen, daß sie somit zum Rituale bestimmt sind, sei es, daß mit ihnen, oder an ihnen gottesdienstliche Verrichtungen vorgenommen werden; Berner S. 562, Binding aO., Hälsch-

ner 2 315, Merkel HH. 3 674, v. Liszt, H. Meyer aO., Schütze S. 434, Frank N. II 3, Oppenh.-D. N. 12, Rubo N. 7, v. Schwarze N. 4. Wann solches der Fall sei, ist naturgemäß nur nach den Grundsätzen der btr. Religionsgemeinschaft zu entscheiden; Hälschner aO. Hiernach fällt keineswegs das gesamte Inventar der gottesdienstlichen Gebäude unter jenen Begriff, namentl. auch nicht die sog. Sammelstöcke; v. Liszt aO. Keinesfalls gehören zu den „dem Gottesdienste gewidmeten Gegenständen" die für den Gebrauch einzelner den Gottesdienst Besuchenden bestimmten Gegenstände, mögen sie auch nicht bloß (wie z. B. Fußdecken) zu profanen Zwecken, sondern (wie Gebet- und Gesangbücher) der Andachtsverrichtung während des Gottesdienstes dienen.

4) „Aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude" muß der in Nr. 3 bezeichnete Gegenstand gestohlen worden sein.

Ein „Gebäude" (N. 11—14) ist zum „Gottesdienst" (N. 3) „bestimmt", wenn es nach seinem Verwendungszwecke dem Gottesdienste dient; vgl. § 166 N. 16b sowie: Binding Lb. 1 297, Geyer 2 46, Hälschner 2 314, Merkel HH. 3 674, Schütze S. 434. Ein Gebäude, dessen zukünftige Bestimmung ist, dem Gottesdienste zu dienen, also z. B. eine Kirche, die noch nicht nach kathol. Kirchenrecht konsekriert oder nach protest. Rechte dediziert ist (Richter-Kahl Kirchenr. S. 1307 f.), ist nicht gemeint; so: Schütze aO., Frank N. II 1; aM. Kohlrausch ZStrW. 20 503 N. 44.

Die Präposition „aus" deutet an, daß der gestohlene Gegenstand in dem Gebäude sich befunden haben muß (RG. I 11. Jan. 83 E. 7 419), während keineswegs erfordert wird, daß auch der Dieb in dem Gebäude sich aufhielt; so die GM. Daraus folgt zunächst, daß auch dann, wenn der Diebst. bereits in dem Gebäude vollendet wurde, der straferhöh. Umstand vorliegt, und daß dazu die Entfernung des Diebstahlsobjektes aus dem Gebäude nicht erforderlich ist; ein „in" dem Gebäude gestohlener Gegenstand ist jedenfalls auch „aus" ihm gestohlen; RG. I 29. Nov. 97 E. 30 388 (btr. Nr. 2), Berlin 27. Sept. 71, 20. Apr. 72, O. 12 466, 13 271, Binding aO., Hälschner 2 315, Oppenh.-D. N. 11, Rüd.-St. N. 8. Daraus folgt ferner (was namentl. für Nr. 2 von Wichtigkeit), daß der Dieb auch Bewohner (bzw. Mitbewohner) des Gebäudes, sei es als Eigentümer o. als Mieter, sein kann; zitt. RG. E. 7 419, 30 388.

Ist nicht ein ganzes Gebäude, sondern nur einer seiner Teile zum Gottesdienst bestimmt, so findet Nr. 1 Anwendung, sobald aus diesem Teile gestohlen wurde; es ist dies dem Sinne der Bestimmung nach anzunehmen, wenn auch der Wortausdruck insofern ein mangelhafter ist, als er die Bestimmung des ganzen Gebäudes zum Gottesdienste zu verlangen scheint; so: Binding aO., Hälschner 2 314, Oppenh.-D. N. 8; aM.: Frank N. III 1, Rubo N. 6.

Zu § 243 Nr. 2. N. 5—27.

5) Die Gründe für die Straferhöhung im Falle der Nr. 2 liegen einerseits in dem Aufbewahrungsorte des Diebstahlsobjektes (N. 6—15), andererseits in der „die schwere besondere Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit des Diebes" (so die Motive) dartuenden Art und Weise der Ausübung des Diebst. (N. 16—27).

6) „Aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum" muß gestohlen worden sein. Wegen des „aus" vgl. N. 4_3 sowie N. 24. Nach dem dort Bemerkten liegt der straferhöh. Umst. nicht vor, wenn eine Sache, die in einem mit dem Innern des Gebäudes nicht in Verbindung stehenden Schaukasten sich befindet, gestohlen wird (Oppenh.-D. N. 23), während es Tatfrage sein wird, ob Sachen, die in einem, einen öffentlichen Durchgang bildenden Hausflur eines Gebäudes aufgestellt sind, als „im" Gebäude befindlich anzusehen seien; Dresden 1. Apr. 78 St. 8 188. Übrigens braucht das „Behältnis" (N. 22) nicht schon zu der Zeit, als der Dieb an es herantrat, um es zu erbrechen, im Gebäude sich befunden zu haben; es kann vielmehr gleichzeitig mit dem Diebe, ja sogar durch ihn selbst hineingebracht sein; es muß nur zur Zeit des Öffnens auch im Gewahrsam des Bestohlenen sich befunden haben; RG. III 10. Apr. 05 G. 52 .

Wenn auch die Begriffe „Gebäude" und „umschlossener Raum" als gleichgeordnete nebeneinander gestellt sind, so daß bezüglich ihrer eine alternative Feststellung unbedenklich zulässig (§ 47 N. 29; vgl. auch RG. II 19. Feb. 84 E. 10 103) und keineswegs

das Gebäude als eine Art des letzteren erscheint (richtig Rubo N. 5), so ist es doch praktisch, zunächst den Begriff des „umschlossenen Raumes“ (N. 7—10) und dann erst den des „Gebäudes“ (N. 11—15) zu erörtern.

7) „Umschlossener Raum“ ist ein begrenzter Teil der Erdoberfläche. Die Entstehungsgeschichte der Nr. 2 (ursprünglich Nr. 3) des PrStGB. § 218 (Goltd. Mat. 2 478) deutet darauf hin, daß „umschlossener Raum“ i. S. dieser Bestimmung nur als ein begrenzter Teil der Erdoberfläche habe verstanden werden sollen, und dieser Auffassung schloß auch die PrPraxis sich an (vgl. Oppenh. PrStGB. § 221 N. 7). Obschon bei der Redaktion des RStGB. von einer Wiederholung der im PrStGB. § 221, gegebenen Definition des umschlossenen Raumes abgesehen und dadurch in gewisser Beziehung eine materielle Abänderung herbeigeführt wurde (N. 8), so lag doch diese auf einem anderen Gebiete und berührte die vom PrStGB. vorausgesetzte Beschaffenheit des umschlossenen Raumes als eines bestimmten Teiles der Erdoberfläche nicht. Daß hier eine Änderung beabsichtigt worden, ergeben die Materialien nicht, vielmehr bestätigt gerade die Gegenüberstellung der Begriffe „umschlossener Raum“ und „Behältnis“ in der Nr. 2, daß jene Beschränkung des ersteren Begriffes hat beibehalten werden sollen. So: **RG.** III 21. Jan., 18. Dez. 80, 25. Apr. 81, **R. 1** 252, **2** 649, **E. 4** 164, II 19. Feb. 84, I 8. Apr. 86, **E. 10** 103, **14** 226, Binding Lb. **1** 298, Geyer **2** 46, Hälschner **2** 316, v. Liszt S. 434, Merkel HRl. „Diebst.“ S. 528 u. HH. **3** 675, Oppenh.-D. N. 18, Rüd.-St. N. 11. AM. H. Meyer S. 559, jeder umschlossene Aufenthaltsraum, nicht notwendig ein Teil der Bodenfläche.

Hiernach ist ein Schiff o. ein abgeschlossener Teil eines solchen kein „umschlossener Raum“; so **RG.** III 24. Sept. 81, 7. Juni 83, FS. 11. Sept. 00, **E. 4** 433, 8 364, **33** 371; aM. H. Meyer aO.

Ob der begrenzte Teil der Erdoberfläche auch unter diese sich erstreckt, ist gleichgültig; so: **RG.** III 12. März 81 **E. 3** 411, zit. **E. 10** 103, Binding Lb. **1** 298; deshalb kann, die übrigen Erfordernisse vorausgesetzt, auch ein Bergwerksschacht ein umschl. Raum sein; so das zit. **RG. E. 3** 411, Binding aO. (dieses Urteil unrichtig auffassend).

Daß die durch eine Umschließung begrenzte Fläche Einem Eigentümer gehöre, ist nicht notwendig; so können z. B. verschiedenen Eigentümern gehörige Gärten, die unter sich nicht o. nicht vollständig getrennt sind, dennoch „einen umschlossenen Raum“ bilden; **RG.** III 21. Mai 85 **R. 7** 320.

8) Ein weiteres positives Moment des umschlossenen Raumes ist, daß seine Umschließung die Absicht des Eigentümers der Erdfläche erkennen lassen muß, das Eindringen Unberechtigter in sein Besitztum abzuhalten und zwar durch Bereitung eines nicht ganz unerheblichen Hindernisses. So die GM., insbs.: **RG.** III 12. März 81 **E. 3** 411, FS. 29. Aug. 82 **R. 4** 695, III 16. Apr. 83, II 9. Nov. 94, **E.** 8 273, **26** 218 (ein Wildgarten werde nur dann zu einem umschlossenen Raum, wenn die umschließende Vorrichtung auch die Eigenschaft eines schützenden Hindernisses gegen das willkürliche Eindringen Unberechtigter habe), II 19. Feb. 84 **E. 10** 103, III 20. Okt. 84 **R. 6** 637 (ein Raum zum Schutze u. zur Sicherheit der darin befindlichen Gegenstände in der Weise geeignet, daß die Art der Umschließung dem Eindringen Unbefugter nicht ganz unerhebliche Hindernisse, wirkliche Schwierigkeiten entgegensetze).

Das RStGB. hat die Definition des PrStGB. § 221, wonach „ein Raum umschlossen ist, wenn man in denselben nur durch den Gebrauch von Schlüsseln oder durch Einbrechen oder Einsteigen gelangen kann“, nicht aufgenommen, weil der Begriff des umschlossenen Raumes dem gem. Leben angehöre. Es hat dieses die Folge, daß der Begriff als ein absoluter nicht aufgefaßt werden kann, daß vielmehr ein Raum nur relativ mit Rücksicht auf bestimmte Personen ein umschlossener ist; Rubo N. 13. „Umschlossen“ (vgl. „eingeschlossen“ im § 366 7) ist sonach nicht gleichbedeutend mit „verschlossen“ oder „ringsum geschlossen“; vielmehr ist ein befriedigter Raum auch trotz eines unverschlossenen Einganges einer bestimmten Person gegenüber ein „umschlossener“, wenn sie entweder keine Kenntnis davon hatte, daß ein unverschlossener Eingang vorhanden sei, oder wenn sie ihn trotz beiwohnender Kenntnis zu gebrauchen sich behindert sah, sei es, weil er (z. B. durch

einen Pförtner) tatsächlich beobachtet oder vom Täter wenigstens als beobachtet angesehen wurde, sei es, weil er durch ein bewohntes Haus führte, seine Benutzung also leicht zur Entdeckung führen konnte. Einer anderen Person gegenüber, die den offenen Eingang frei durchschreiten konnte, würde derselbe Raum als ein umschlossener nicht zu erachten sein. So im wesentlichen: RG. III 18. Dez. 80, 12. Juli 83, R. 2 649, 5 516 (das Vorhandensein unverschlossener Eingänge, die nicht für jeden sichtbar offen ständen, schließe den Begriff nicht aus), zit. R. 4 695, II 5. Mai 99 E. 32 141 (letzteres das Urteil II 28. Nov. 82 E. 7 262 einschränkend), Binding Lb. 1 298, Hälschner 2 316, Merkel HRl. „Diebst." S. 528 u. HH. 3 675, H. Meyer S. 559, Oppenh.-D. N. 21, v. Schwarze N. 2, 7, 8. AM. einerseits Rubo N. 13, der einen ringsum geschlossenen o. verschlossenen Raum erfordert, ohne die Folge seiner oben erwähnten richtigen Ansicht zu ziehen, andererseits RG. II 19. März 86 E. 13 423, der durch geeignete Vorrichtungen kundgegebene Willen, das Besitztum gegen das Eindringen Unbefugter zu schützen, sei allein entscheidend.

Ist die Umschließung des Raumes eine solche, daß sie vermöge ihrer Beschaffenheit dem Eindringen eine wirkliche Schwierigkeit entgegensetzt, so kommt es nicht darauf an, daß die Umschließung mit dem Erdboden fest verbunden und somit unbeweglich ist; RG. III 21. Jan. 80 R. 1 252, zit. E. 10 103, I 8. Apr. 86 E. 14 226, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 7; auch nicht darauf, ob der umschlossene Teil der Erdoberfläche unbedeckt oder mit einer Bedeckung versehen ist; zit. RG. E. 14 226.

Aus dem Zwecke der Umschließung ergibt sich, daß ein Raum erforderlich ist, der das Eintreten eines Menschen (von normaler Größe) gestattet; RG. II 28. Nov. 82, 19. Feb. 84, E. 7 262, 10 103, III 29. Jan. 83 R. 5 71, zit. E. 14 226.

9) Ein negatives Erfordernis des umschlossenen Raumes ist, daß der begrenzte Teil der Erdfläche weder ein Gebäude selbst (N. 11—14), noch ein Teil eines solchen sei; letzteren begreift das StGB. mit unter den „Behältnissen" (N. 22); auch zeigt die Nebeneinanderstellung mit „Gebäuden", daß das StGB. den umschlossenen Raum in einem e. S. versteht, nämlich von einem Raum, der, wie ein Gebäude, nach außen hin umschlossen ist; so: RG. I 23. Feb. 80 E. 1 216, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 9, Haager GS. 30 502; aM. Merkel HH. 3 675 („umschlossener Raum innerhalb eines Gebäudes").

10) In wesentlicher Übereinstimmung mit den in N. 7—9 entwickelten Grundsätzen ist in der Praxis des RG. für einen „umschlossenen Raum"

I. einerseits erachtet: eine aus Latten und Brettern hergestellte und mit Leinwand, die durch Nägel und Stricke befestigt war, umkleidete Marktbude; nach Lage der konkreten Umstände ein Bergwerksschacht; eine ca. 200 kg schwere, unzerlegt bewegliche Bretterhütte, deren 4 Pfosten in einem mit dem Erdboden nicht verbundenen, den Boden bedeckenden Holze steckten; III 21. Jan. 80, 12. März 81, R. 1 252, E. 3 411, I 8. Apr. 86 E. 14 226; ein im übrigen eingefriedigter Raum, welcher teilweise durch einen Flußlauf begrenzt wird; II 19. Okt. 00 G. 47 437;

II. andererseits nicht erachtet: ein sog. Künstlerwagen, weil nicht ein Teil der Erdoberfläche abgegrenzt sei; III 25. Apr. 81 E. 4 164; ein auf einem in der Erde befestigten Pfahle ruhender Taubenschlag von so kleiner Ausdehnung, daß er nur ein Hineingreifen mit der Hand gestattete; II 28. Nov. 82 E. 7 262.

11) „Gebäude" ist ein, weil mit dem Grund und Boden — der Erdoberfläche — in fester Verbindung stehendes, in seiner Gesamtheit unbewegliches (§ 242 N. 4) Bauwerk; so: RG. III 25. Apr. 81, II 19. Feb. 84, E. 4 164, 10 103, Binding Lb. 1 298, Geyer 2 46, Hälschner 2 317, v. Liszt S. 434, Merkel HRl. „Diebst." S. 528 u. HH. 3 675, H. Meyer S. 559 N. 9, Oppenh.-D. N. 13, 14, u., obschon mit anderer Formulierung, Frank N. III 1; aM.: Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 10, die Unbeweglichkeit sei kein Merkmal, v. Schwarze N. 6, feste Verbindung mit dem Erdboden sei nicht erforderlich. Die durch die Schwere des Bauwerks hergestellte Verbindung ist für genügend anzusehen; so: zit. RG. E. 10 103, Hälschner, v. Liszt, H. Meyer aO. Dagegen erscheint die — von v. Schwarze geforderte — dauernde Verbindung nicht erforderlich, da der gem. Sprachgebrauch auch Bauwerke, die, wie Zirkus- und Ausstellungsgebäude, nur vorübergehenden

Zwecken dienen, als „Gebäude" bezeichnet, und weder aus der Entstehungsgeschichte, noch aus dem Wortlaute des Gesetzes ein Anhalt für die Annahme sich ergibt, daß es mit dem Ausdruck einen anderen als den gewöhnlichen Sinn habe verbinden wollen; zit. **RG**. E. **10** 103. Ein „Haus" (§§ 366[7], 397[12], 368[4]) ist jedenfalls ein „Gebäude".

Schon hiernach sind „Schiffe" keine Gebäude, abgesehen davon, daß einerseits im Falle der Nr. 7 die ausdrückliche Gleichstellung eines bewohnten Schiffes mit einem bewohnten Gebäude für notwendig erachtet worden ist, und andererseits im § 250[4] auf den im § 243[7] aufgestellten Begriff des „bewohnten Gebäudes" verwiesen wird; so die GM., insbs. **RG**. III 24. Sept. 81 E. **4** 433.

12) Der Begriff des „Gebäudes" unterscheidet sich, außer durch das Erfordernis der Unbeweglichkeit (N. 8₃, 11), von dem des „umschlossenen Raumes" in folgendem:

a) Zunächst ist nicht notwendig, daß das „Gebäude" eine solche Baulichkeit sei, wodurch ein Teil der Erdoberfläche bedeckt wird (N. 7); es braucht mit dem Erdboden nicht unbedingt mittels Verdeckung einer Fläche in Verbindung zu stehen (so z. B. eine gewisse Art von Windmühlen); so **RG**. II 28. Nov. 82 E. **7** 262; aM. Hälschner **2** 317.

b) Während der umschlossene Raum einen anderen Zweck als die Abhaltung Unbefugter nicht erfordert (N. 8), freilich, ohne notwendig andere Zwecke auszuschließen (**RG**. III 12. März 81 E. **3** 411), so ist die Zweckbestimmung eines „Gebäudes" gleichzeitig eine positive: der Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen; Hälschner **2** 317; vgl. auch **RG**. zit. E. **3** 411, II 19. Feb. 84 E. **10** 103. Die Erfüllung dieses Zweckes bedingt, daß das Bauwerk mit einer Bedachung (Dresden 20. Dez. 75 St. **6** 305) und mit Wänden (**RG**. IV 25. Apr. 99 E. **32** 128 btr. § 308) versehen sei. Ob ein „Neubau" als ein Gebäude zu erachten sei, hängt hiernach davon ab, ob er schon mit einem Dach versehen ist.

13) Während in den §§ 306[2], 308 dem „Gebäude" die „Hütte" zur Seite gestellt wird, geschieht hier ein gleiches nicht. Daraus ist zu folgern, daß für den Tatbestand des § 243[2] eine „Hütte" nur insofern in Betracht kommt, als sie unter den Begriff eines Gebäudes fällt oder wenigstens als „umschlossener Raum" sich darstellt. Eine begriffliche Gleichstellung der Hütten mit den Gebäuden hat der Gesetzgeber aber nicht gewollt; Dresden 20. Dez. 75 St. **6** 305. Hiernach ist für den Tatbestand des § 243[2] nicht von Erheblichkeit, ob etwas als „Hütte" zu bezeichnen sei, sondern vielmehr, ob es unter den Begriff eines „Gebäudes" (bzw. eines umschlossenen Raumes) falle; da nun die Zweckbestimmung eines Gebäudes (N. 12b) in noch höherem Maße wie der umschlossene Raum (N. 8) einen das Eintreten eines Menschen gestattenden Umfang erfordert, so hat **RG**. II 28. Nov. 82, 19. Feb. 84, E. **7** 263, **10** 103 mit Recht einer „Hundehütte", trotz Mauerung, den Charakter eines Gebäudes ebensowohl abgesprochen wie einem gemauerten Backofen.

14) Die Praxis anbetreffend, so hat Berlin 23. Jan. 74 St. **3** 344 mit Recht Anstand genommen, einen „Keller" ohne nähere Feststellung seiner Beschaffenheit als ein „Gebäude" aufzufassen, da erfahrungsmäßig „Höhlungen und Vertiefungen über der Erde und in derselben" als Keller benutzt würden, solche aber nicht einmal durch jeden künstlichen Abschluß, sondern nur „bauliche" Nachhilfen zu Gebäuden würden.

Verneint wurde die Eigenschaft als „Gebäude":

bei Schächten und Stollen eines Bergbaues mit Rücksicht auf die Zweckbestimmung der Aufsuchung und Gewinnung nützlicher Mineralien; **RG**. III 12. März 81 E. **3** 411;

bei sog. Künstlerwagen (N. 10 II);

bei Bauwerken, die, mit Rücksicht auf ihre Kleinheit, die geringe Dauerhaftigkeit des verwendeten Materials, den Mangel einer dauernden Zweckbestimmung, als „Hütten" anzusehen waren; Dresden 20. Dez. 75, 17. Aug. 77, St. **6** 305, **7** 313.

15) Für die Frage, ob ein oder mehrere Gebäude anzunehmen seien, ist weder entscheidend, daß die verschiedenen Räumlichkeiten unter einem Dache sich befinden, noch, daß ein Raum besonders verschlossen ist und nach seiner wirtschaftlichen Bestimmung zu einer abgesonderten Benutzung dienen soll, sondern es ist vielmehr nach der Auffassung des gem. Lebens, von der das StGB. ersichtlich nicht abgewichen ist, ein nach seiner äußeren Er-

scheinung und inneren Einrichtung als ein einheitliches Ganzes sich darstellendes Bauwerk als Ein Gebäude anzusehen; RG. II 16. Jan. 83 E. 8 102.

16) „Mittels (N. 25—27) Einbruchs (N. 16—18, 21), Einsteigens (N. 19—21) oder Erbrechens von Behältnissen" (N. 22—24) muß gestohlen worden sein.

„Einbruch" ist die gewaltsame Aufhebung des Zusammenhanges der äußeren Umschließung eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes (N. 17) durch Herstellung einer Öffnung oder — nach Umständen — durch Vergrößerung einer bereits vorhandenen Öffnung.

Dem Begriffe des Einbruchs wohnt das Moment der Gewalt, d. h. also der Anwendung physischer Kraft (§ 113 N. 23a), notwendig bei (§ 122 N. 8). So die GM., insbs. RG. II 27. Apr. 80, III 1. Juni 81, 10. Dez. 85, II 5. Juli 81, R. 1 684, 3 361, E. 13 200, 4 353 (welche die „Anwendung von Gewalt", einen „körperlichen Kraftaufwand", eine „Kraftanstrengung" verlangen).

Wie groß das Maß der Kraftanwendung gewesen sein müsse, um „Einbruch" anzunehmen, unterliegt der Entscheidung des Einzelfalles; so: zitt. RG. R. 3 361, E. 13 200, RMG. II 3. Feb. 04 E. 6 250. Für die aus der konkreten Sachlage zu entnehmende nähere Bestimmung wird aber lediglich der zu überwindende sachliche Widerstand in Betracht kommen; man wird demgemäß anzunehmen haben, daß die willkürliche Durchbrechung einer in ordnungsmäßigem Zustande befindlichen Umschließung auch dann als ein — gewaltsamer — Einbruch zu erachten sei, wenn die Kraftanwendung bei der Natur des Abschlußmittels (z. B. bei einem Gazefenster, einem die Eingangstür zuhaltenden Bindfaden) nur eine verhältnismäßig geringfügige zu sein brauchte; RG. FS. 27. Juli 86 R. 8 536 (es könne dabei die Körperkraft durch Benutzung eines Werkzeuges, dessen Schneide die Trennung bewirke, ersetzt werden), zit. RMG. E. 6 250, Binding Lb. 1 299, H. Meyer S. 560, Oppenh.-D. N. 27. Wurde aber nicht einmal dieses Maß von Kraft erfordert, weil das Abschlußmittel bereits durch besondere Einflüsse (z. B. Witterung, häufigen Gebrauch 2c.) in seiner natürlichen Festigkeit herabgesetzt war, so ist ein „Einbruch" nicht anzunehmen; so im wesentlichen auch Rüd.-St. N. 12, während Merkel HRl. „Einbr." u. HH. 3 676 N. 8 den gem. Sprachgebrauch für maßgebend erachtet, so daß die Verneinung des Einbruchs beim Eindrücken einer Papierscheibe nicht als rechtsirrtümlich anzusehen sei; ähnlich erachtet Hälschner 2 317 für entscheidend, ob die angewendete Gewalt eine solche Hartnäckigkeit erkennen lasse, wie sie das qualifizierende Moment bilde.

17) Streitig ist, ob der Begriff des Einbruchs durch die in N. 16 angegebenen Erfordernisse erschöpft werde, oder ob nur eine solche gewaltsame Aufhebung des Zusammenhanges der Umschließung als „Einbruch" anzusehen sei, die eine Zerstörung oder wenigstens eine Beschädigung der Umschließung mit sich führe. Hierfür spricht nicht nur, daß das Qualifikationsmoment dadurch eine klare Abgrenzung erlangt, sondern namentl. auch die Wortbedeutung selbst, die auf eine bloße Aufhebung des Zusammenhanges der Umschließung ohne deren Verletzung nicht anwendbar erscheint; v. Liszt S. 434, Merkel HRl. „Einbr." u. HH. 3 675 N. 6, 676, Frank N. III 4, v. Schwarze N. 13 u. § 250 N. 8. Die dem entgegenstehende GM. erfordert dagegen zum Einbruch (und ebenso zum Erbrechen; N. 23) nur, daß das der Wegnahme der Sache durch den Verschluß des Gebäudes (bzw. des Behältnisses; N. 22) entgegengestellte Hindernis überhaupt mit Gewalt überwunden werde, sei es durch eine Verletzung der Substanz des Verschlußmittels oder ihres mechanischen Zusammenhanges; demgemäß wird namentl. das obschon ohne Beschädigung bewirkte Ausheben eines verschlossenen Torflügels für Einbruch erachtet, dsgl. das ebenso erfolgende Auseinanderbiegen der Flügel eines verschlossenen Tores; so: RG. III 1. Dez. 80, 1. Juni 81, 10. Dez. 85, R. 2 589, 3 361, E. 13 200, II 5. Juli 81 E. 4 353, FS. 27. Juli 86, I 23. Juni 87, R. 8 536, 9 381, Binding Lb. 1 299, Geyer 2 46, H. Meyer S. 559, auch Oppenh.-D. N. 26, abgesehen von dem letzten Punkte (Auseinanderbiegen). Das zit. RG. R. 3 361 spricht sogar dahin sich aus, daß „durch eine gewaltsame Trennung der fest zusammengefügten, vielleicht nur durch ihre Schwerkraft mechanisch untereinander verbundenen selbständigen Bestandteile einer Vorrichtung eingebrochen werde", während noch RG. I 21. Okt. 80 E. 2 371 einen Einbruch da verneinte, „wo der vom Diebe

aufgehobene Zusammenhang der Umschließung lediglich durch das Gesetz der Schwere hergestellt und mit dem Aufhören der Kraftanstrengung ohne weiteres wieder vorhanden ist" (wie z. B. bei einem sog. Schobendach, dessen einzelne Schobenlagen nur an den oberen Teilen befestigt sind).

18) Der Einbruch in dem entwickelten S. bedingt nicht, daß der Täter selbst den Eintritt in das Gebäude, aus dem gestohlen wird, nehme; es genügt, wenn er in die hergestellte oder vergrößerte Öffnung mit seinen Händen oder auch nur mit Werkzeugen hineinlangt und so die Sache wegnimmt (vgl. N. 6 bzw. 4_3); so die GM., insbs. RG. IV 25. Sept. 96 E. **29** 70.

19) „Einsteigen" ist derjenige Eintritt in ein Gebäude oder einen umschlossenen Raum, der dadurch genommen wird, daß der Einsteigende, unter Überwindung des dem Eindringen durch die Umschließung entgegenstehenden Hindernisses, durch Benutzung einer Öffnung oder eines freien Raumes, die für den Eintritt nicht bestimmt sind, seinen Körper der Abschlußvorrichtung anbequemt, ohne sie beschädigen zu wollen. So im wesentlichen die GM. Vor allem muß die vom Täter gewählte Öffnung 2c. nicht zum Eintritt bestimmt sein, während das Einsteigen dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Eintritt durch dieselbe Öffnung in besonderen Fällen auch vom Berechtigten genommen wird; so wurde Einsteigen in der Praxis des RG.

I. angenommen: beim Eintritt durch einen unterhalb einer Tür befindlichen, zum Eintritt nicht bestimmten Spalt, bzw. mittels einer Leiter auf den Heuboden behufs Stehlens aus einem Stalle, weil auf diese Weise der regelmäßige Eingang zwar auf den Boden, nicht aber in das Haus bzw. den Stall genommen wurde; III 13. März 80 R. **1** 470, I 15. Juni 82 E. **6** 350;

II. verneint: beim Eintritt durch den oberen Raum eines Nebengebäudes mittels einer zum regelmäßigen Zugang bestimmten Leiter; III 9. Juni 80 R. **2** 46; bzw. durch die infolge Auseinanderbiegens der Scheunentorflügel bewirkte Spalte, weil das Scheunentor zum Eintritt bestimmt ist; II 5. Juli 81 E. **4** 353.

Wesentlich ist ferner, daß ein sachliches Hindernis zu überwinden sei; fehlt ein solches, indem z. B. infolge einer Lücke in der Einwandung lediglich die nur 2 Fuß hohe Grundmauer zu überschreiten war, so liegt ein Einsteigen nicht vor; der erkennbare Zweck einer Einfriedigung, andere abzuhalten, reicht nicht hin; so die GM., insbs.: RG. III 13. März 80, 14. Mai 81, R. **1** 470, **4** 175, IV 2. Jan. 85, 24. Jan. 90, R. **7** 10, E. **20** 209, II 5. Juni 85 R. **7** 348 (der Begriff des Einsteigens setze jedenfalls die Überwindung eines entgegenstehenden Hindernisses voraus). Die zu überwindende Schwierigkeit muß in der Natur, der Lage, dem Größenverhältnisse 2c. der Öffnung selbst bestehen; deshalb kommt eine vorbereitende Tätigkeit, durch die vor der Öffnung lagernde Hindernisse, z. B. Steine, hinweggeräumt werden, nicht in Betracht; RG. III 21. Jan. 86 E. **13** 257.

Liegen diese Erfordernisse vor, so kommt es nicht darauf an, ob das Eintreten in den Raum als ein Steigen (Aufsteigen oder Absteigen) sich darstellt; so: RG. zit. R. **7** 348 (eine steigende Tätigkeit der Füße werde nicht mit Notwendigkeit verlangt), II 8. Okt. 86 R. **8** 601 (gleichgültig, ob der Eingang durch Steigen, Springen, Sichhinablassen o. Kriechen bewirkt werde); aM. Hälschner **2** 319, es werde immer ein Steigen in dem S. erfordert, daß ein vermöge der Höhe oder Tiefe entgegenstehendes Hindernis zu überwinden sei. Insbs. hat dann auch ein Einkriechen (Hindurchkriechen) als Einsteigen zu gelten; so die zitt. RG. R. **1** 470, **7** 10, **8** 601, E. **13** 257 (unter stillschweigender Aufgabe von E. **6** 187), v. Liszt S. 434, H. Meyer S. 559, Frank N. III 5; aM.: Geyer **2** 47, Hälschner **2** 320, Haager GS. **30** 493.

20) Das Einsteigen erfordert, abweichend vom Einbruch (N. 18), daß der Eintritt in das Gebäude genommen sei, was allerdings schon beim Betreten des Innern mit auch nur einem Fuße anzunehmen ist (so: Frank N. III 5, Haager GS. **30** 492; aM. v. Schwarze N. 17); es wird dies durch die Wortbedeutung selbst bedingt, denn ein bloßes Hineinlangen in das Gebäude nach vorherigem Auf- o. Absteigen kann sprachlich als ein Einsteigen nicht bezeichnet werden. So die GM., insbs. RG. III 14. Mai 81 E. **4** 175. AM.:

Schütze S. 437, Oppenh.-D. N. 33, der das Eindringen mit einem Körperteile für genügend hält, falls dadurch der Schwerpunkt in das Innere des Gebäudes gebracht werde, während Haager GS. 30 492 diese Theorie „wegen ihrer Unbestimmtheit" bekämpft und, außer dem Einsteigen „auch nur mit einem Fuße, auch das Hineinlangen nur mit dem Oberkörper" für genügend hält. Daß der Täter selbst den Eintritt ins Gebäude genommen habe, ist nicht erforderlich; er kann das Einsteigen vielmehr, den allg. Grundsätzen entsprechend (T. I Abschn. 3 letzt. Abs.), auch mittelbar durch einen Dritten vornehmen lassen; aM. RG. IV 21. März 93 E. 24 86, III 28. Juni 94 G. 42 254 sowie die früheren Aufl. des Komm., wonach das Einsteigen eines ohne Dolus handelnden Dritten nicht genügen soll, wohl aber, wenn der Einsteigende ein mit dem nötigen Dolus handelnder Strafunmündiger ist (vgl das § 55 N. 6 zit. RG. G. 46 41).

21) Wenn das RStGB. neben dem mittels Einbruchs o. Einsteigens aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum verübten Diebst., in Abweichung vom PrStGB. noch ausdrücklich den Fall des Diebst. „mittels Erbrechen von Behältnissen" hervorgehoben hat, so ist dies, ausweislich der Motive, geschehen, weil durch die Nr. 2 der im § 223 des PrStGB. gegebenen Begriffsbestimmung: „Einbruch ist vorhanden: 2. wenn der Täter im Innern eines Gebäudes in entsprechender Weise Türen, Wände, Eingänge oder Durchgänge, Schränke, Kisten oder andere Behältnisse eröffnet", der Begriff des Einbruchs in einer Weise ausgedehnt war, die sprachlich bedenklich erschien. Hiernach ist anzunehmen, daß der „Einbruch" in ein Gebäude o. in einen umschlossenen Raum von außen her geschehen sein muß, während ein im Innern bewirktes „Brechen" als „Erbrechen eines Behältnisses" aufzufassen ist; so die GM., insbs. RG. II 18. Mai 97 E. 30 122; aM.: Hälschner 2 319, Merkel HRl. „Einbr." u. HH. 3 676, H. Meyer S. 560, Haager GS. 30 501.

Anders liegt die Frage beim „Einsteigen". Die Entstehungsgeschichte der Nr. 2 nötigt hier nicht dazu, es lediglich auf den von außen her bewirkten Eintritt zu beziehen; im Gegenteil zwingt die Erwägung, daß das Stehlen „mittels Brechens" strafbar ist, mag es „von außen her" als „Einbruch" oder im Innern als „Erbrechen" geschehen, zu der Annahme, daß auch das „Einsteigen", sowohl wenn es von außen her in das Gebäude, als auch wenn es innerhalb desselben in eine seiner Abteilungen stattfindet, als Straferhöhungsgrund wirken solle. So: Jena 30. Okt. 72, München 4. Feb. 78, St. 2 181, 8 185, Mannheim 7. Apr. 77 BadA. 43 212, Binding Lb. 1 299, Hälschner 2 321, Merkel HRl. „Einst." u. HH. 3 676, H. Meyer S. 559, v. Schwarze N. 17 A. 4, Haager GS. 30 501. AM.: RG. III 9. Juni 80 R. 2 46, II 16. Jan. 83 E. 8 102 (ORA. entgegen; R. 5 31), Berlin 7. Juni 72, Stuttgart 24. Dez. 74, St. 2 52, 4 364, Frank N. III 5, Oppenh.-D. N. 33, Rüd.-St. N. 17.

Darüber besteht kein Streit, daß ein Einsteigen dann vorliegt, wenn der Dieb aus einem selbständigen Gebäude in ein anderes einsteigt, weil dann auch nach der letzteren Ansicht ein Einsteigen von außen stattfindet, während ein Einsteigen „aus dem Freien" nicht erfordert wird; so die zitt. RG. R. 2 46, E. 8 102, ferner I 20. Dez. 80 E. 3 173.

22) Erbrechen von Behältnissen — übrigens keineswegs notwendig fremder, vielmehr auch solcher, die dem Diebe eigentümlich gehören, falls er nur die Verfügungsgewalt darüber einem Dritten zur Bewahrung von dessen Sachen abgetreten hat (RG. I 29. Nov. 97 E. 30 388; vgl. jedoch den anders liegenden Fall N. 26[1]) — erfordert zunächst eine nähere Bestimmung dessen, was unter „Behältnissen" zu verstehen sei.

„Behältnis" ist, abgesehen von „Gebäuden u. umschlossenen Räumen", jede verschließbare zur Aufnahme von Sachen bestimmte Räumlichkeit, sei es, daß sie eine selbständige bewegliche Sache darstellt (wie z. B. ein Automat; Ertel Automatenmißbrauch S. 37, Schels Strafr. Automatenschutz S. 29; auch wohl Meili DJZ. 3 382), sei es, daß sie einen abgesonderten Teil eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes bildet. Diese Ausdehnung des Begriffes auf Teile eines Gebäudes rechtfertigt sich in Hinsicht auf den für die Aufnahme jener Qualifikation maßgebend gewesenen Grund (N. 21). Andererseits würde auch nicht verständlich sein, wie das Gesetz den Diebst. mit Anwendung falscher Schlüssel in Nr. 3 würde haben qualifizieren können, nicht aber den Diebst., der im übrigen

an denselben Gegenständen mittels Einbruchs geschieht. So: **RG.** I 23. Feb. 80, III 5. Dez. 89, **E.** 1 216, **20** 165, II 24. Feb. 82 **R.** **4** 193, Dresden 1. Sept. 73, Stuttgart 29. Apr. 74, 20. Jan. 75, **St.** **3** 341, **4** 50, 365, Berlin 1. Nov. 78 **O.** **19** 510, Binding Lb. **1** 299 f., Geyer **2** 47, v. Liszt S. 435, Oppenh.-D. N. 38, Rubo N. 18, v. Schwarze N. 22. **AM.**: Jena 30. Okt. 72 **St.** **2** 181, Mannheim 7. Apr. 77 **BadA.** **43** 212, Hälschner **2** 318, Frank N. III 6, Haager **GS.** **30** 501, auch wohl Merkel **HRl.** „Diebst." S. 528 u. **HH.** **3** 677, selbständige Abteilungen im Innern eines Gebäudes seien keine Behältnisse (wohl aber Wandschränke).

Was speziell die beweglichen Behältnisse betrifft, so kann dem von Merkel aO. aufgestellten Erforderniſſe, daß der Verschluß der Sache „allseitig" decken müsse, nicht unbedingt beigestimmt werden; es erscheint vielmehr genügend, wenn der Verschluß derartig ist, daß er die Sache gegen äußere Einflüsse bzw. Eingriffe zu schützen geeignet ist, mag auch der zu verwahrende Gegenstand an einzelnen Teilen sichtbar sein. Ob jenes der Fall sei, wird wesentlich der konkreten Beurteilung unterliegen.

In der Praxis des **RG.** ist für ein „Behältnis"

erachtet: ein Koffer, ein Sack, eine Kiste, ein Taubenschlag auf dem Boden eines Hauses; I 24. Mai 80, III 12. März 81, 29. Mai 80, II 24. Feb. 82, **E.** **2** 64, **3** 411, **R.** **1** 832, **4** 193; ein Gas- o. Wasserleitungsrohr; I 2. Okt. 84, 29. Nov. 97, **E.** **11** 117, **30** 388;

nicht erachtet: eine Federn einschließende Zeughülle, weil sie kein „Aufbewahrungsgerätschaft" sei, sondern mit den Federn zusammen ein Bettstück bilde; zit. **E.** **20** 165; ein Bilderrahmen, auch falls er mit der Wand durch Verschraubung verbunden ist; I 1. Juli 97 **E.** **30** 207 (weil er „ohne kubischen Inhalt" sei [?], deshalb ohne Rücksicht darauf, ob Bild u. Rahmen strafrechtl. als ein Ganzes sich darstellten).

23) „Erbrechen" entspricht dem „Einbruch" (N. 16, 17); die Behauptung von Merkel **HH.** **3** 677, daß das „Brechen" in jenem bestimmter akzentuiert sei, als in diesem, erscheint nicht gerechtfertigt; Hälschner **2** 319. Ob ein „Erbrechen" anzunehmen sei, beurteilt sich deshalb unter entsprechender Anwendung der bezüglich des „Einbruchs" geltenden Grundsätze, weshalb auch dieselben Streitfragen wiederkehren; Binding Lb. **1** 300, Frank N. III 6.

Die Praxis des **RG.** hat ein „Erbrechen" angenommen: beim Aufschneiden (Zertrennen) eines zugebundenen Sackes bzw. eines mit Leinewand umhüllten Postpaketes; III 29. Mai 80, FS. 27. Juli 86, **R.** **1** 832, 8 536; bei Entfernung der Verlötung eines Gasrohrs; I 2. Okt. 84 **E.** **11** 117; bei Öffnung des Röhrenverschlusses einer Wasserleitung nach einer nur unter Kraftanwendung möglichen Lockerung desselben; I 29. Nov. 97 **E.** **30** 388.

24) Das Erbrechen des Behältnisses muß innerhalb des Gebäudes o. umschlossenen Raumes stattfinden; denn das Erbrechen soll das Stehlen aus einem Gebäude vermitteln, was nicht der Fall sein würde, wenn das Behältnis aus dem Gebäude, sei es in der Absicht rechtsw. Zueignung oder nicht, herausgeschafft und erst draußen erbrochen worden wäre. So außer den Motiven: **RG.** I 11. Jan. 83 **E.** 7 419, **RMG.** II 6. Mai 03 **E.** **5** 98, Binding Lb. **1** 299, Geyer **2** 47, v. Liszt S. 435, Merkel **HRl.** „Diebst." S. 528 u. **HH.** **3** 677, Oppenh.-D. N. 41, Rüd.-St. N. 18, v. Schwarze N. 11. **AM.** Schütze S. 436 N. 13. Wie es übrigens gleichgültig ist, in welchem Raume des Gebäudes bzw. Teile des umschlossenen Raumes das Behältnis erbrochen wird (zit. **RMG.** **E.** **5** 98), so erscheint es auch unerheblich, ob das Erbrechen in dem zum Gebäude gehörigen umschlossenen Raume (**RG.** III 3. Nov. 84 **E.** **11** 208) oder umgekehrt in einem mit dem umschlossenen Raume im Zusammenhange stehenden Gebäude erfolgt.

Weder durch den Wortlaut noch durch den Gedanken des Gesetzes wird erfordert, daß das Behältnis vollständig innerhalb der Außenwände des Gebäudes sich befinde; **RG.** I 2. Okt. 84 **E.** **11** 117 (Erbr. des in ein Gebäude führenden Rohres der öffentl. Gasleitung).

Das Erbrechen des Behältnisses im Innern des Gebäudes 2c. bedingt nicht notwendig, daß auch der Täter im Gebäude sich befinde (N. 6 bzw. 4_3).

25) „**Mittels**" Einbruchs zc. ist nur dann gestohlen, wenn der Einbruch zc. das **bewußt gewollte Mittel** war, welches der Dieb zur Ausführung seiner Tat benutzt hat; RG. III 2. Feb. 93 E. 40 446 (mit der weiteren Ausführung, daß es, sowenig wie einer unmittelbaren zeitlichen Aufeinanderfolge einer **unmittelbaren** Wechselbeziehung im **kausalen** Sinne bedürfe; vgl. N. 27), das N. 8, zit. RG. E. 32 141.

Die Zufügung des, in Nr. 7 ausdrücklich hervorgehobenen, Merkmals der „diebischen Absicht" war hier deshalb entbehrlich, weil der „Einbruch" zc. durch das Wort „mittels" in Verbindung mit dem Stehlen gebracht und dadurch genügend angedeutet ist, daß der Dolus schon dem Qualifikationsmomente beiwohnen müsse. So die GM., insbs. RG. III 23. Juni 80, 25. Mai 81, I 9. Apr. 85, R. 2 102, 3 327, 7 218, VStS. 7. Juli 86 E. 14 312. AM. Merkel HH. 3 678, die Hdlg. müsse vom Täter „zum Behufe Stehlens", nicht aber „speziell mit Rücksicht auf die bestimmte in Frage stehende Entwendung" erfolgt sein.

Während RG. I 19. März 88 R. 10 253 das Vorliegen der Nr. 2 **bejahte**, weil die Täter den Verschluß selbst, wenn auch nicht dessen Art, kannten, demnächst nach gewaltsamer Beseitigung auch wußten, daß das Verschlußmittel zerstört worden sei, und trotzdem den Diebstahlsvorsatz ausführten, so ist andererseits mit Recht das Vorliegen der Nr. 2 **verneint**: wenn der Entschluß, einen Diebst. zu begehen, erst nach dem zu einem anderen Zwecke erfolgten Einbruch (Einsteigen) gefaßt wurde; RG. II 25. März 81 E. 3 440, III 25. Mai 81 R. 3 327; bei Ausführung eines, auf einem neuen Entschlusse beruhenden, Diebst. unter Benutzung einer vom Diebe bei einem früheren Einbruchsdiebstahl hergestellten Öffnung; Dresden 21. März 78 St. 8 184. Anders würde es liegen, wenn es um einen „fortgesetzten" Diebstahl (§ 73 N. 6) sich handelte, in welchem Falle der straferhöh. Umst. bei der ganzen Tat anzunehmen sein würde; RG. II 2. Juni 85 R. 7 341 (der Anfang der Ausführung eines schweren Diebst. lasse sich im Losbrechen von Brettern an einem Gebäude zum Zwecke des Einsteigens und des Stehlens auch dann finden, wenn bei dem Täter in der Fortführung seiner Tat eine zeitliche Unterbrechung eintrete). Freilich bewirkt die Benutzung derselben Öffnung nicht ohne weiteres, daß die Diebstähle als eine fortgesetzte Hdlg. anzusehen seien; so jedoch Merkel aO. Wenn umgekehrt ein Diebst. zunächst als einfacher begonnen ist, z. B. unter Betreten des Gebäudes durch die offene Tür, dann aber mittels Einbruchs zc. fortgesetzt wird, so liegt die Qualifikation der Nr. 2 vor; RG. III 12. Juli 83 R. 5 516.

Mit Recht ist nur **Versuch** aus Nr. 2, in Idealkonk. mit vollendetem einf. Diebst., da angenommen, wo der Täter in diebischer Absicht ein Behältnis erbrochen, in ihm aber nur einen Schlüssel gefunden hatte, den er nunmehr benutzte, um aus dem Behältnisse, zu dem der Schlüssel gehörte, mittels seiner zu stehlen; Dresden 19. Feb. 75 St. 5 358.

Da für den Diebstahlsvorsatz die Richtung der Vorstellung auf bestimmte Diebstahlsobjekte unwesentlich ist (§ 242 N. 33) und zum subjektiven Tatbestand des schweren Diebst. der Diebstahlsvorsatz genügt (Abs. 1), dieser aber auch bei der Übertr. aus § 370[5], dem sog. Mundraub, vorliegen muß, so ergibt sich folgender von dem zit. RG. VStS. E. 14 312 beschlossener Rechtssatz: „Derjenige, welcher in der Absicht, lediglich Nahrungs- o. Genußmittel von unbedeutendem Werte o. in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche zu entwenden, in einem Gebäude ein Behältnis erbricht, demnächst aber infolge eines **nach dem Erbrechen** gefaßten neuen Entschlusses Sachen **anderer** Art aus diesem Behältnisse stiehlt, begeht in dem Falle, wenn eine einheitliche Tat vorliegt, einen schweren Diebst., dagegen in dem Falle, wenn mehrere selbständige Hdlgen vorliegen, einen einf. Diebst." (vgl. von früheren Entsch. des RG. einerseits III 19. März 81 E. 3 423, andererseits I 9. Apr. 85 R. 7 218); so wesentlich in der Annahme eines schweren Diebst.: Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 46, bzw. in der Annahme einer Entwendung (§ 370[5]) u. eines einf. Diebst. RG. IV 3. Jan. 90 G. 37 437; aM. Geyer 2 47 u. ZStrW. 2 301, H. Meyer S. 560 N. 20, Goldschmidt G. 47 261 ff., 348 ff. (350) sowie Kohler das. 263 N. 9a; vgl. auch Binding Lb. 1 300, insbs. N. 2.

26) Liegen die in N. 25_1 bezeichneten Voraussetzungen vor, so ist die Anwendung der Nr. 2 gegeben, wenn auch der Dieb seinen Zweck **auf andere Weise** als durch Ein-

bruch rc. erreichen konnte; RG. II 27. Apr., III 18. Dez. 80, R. 1 684, 2 649, Merkel HH. 3 678, Oppenh.-D. N. 3, 21. Deshalb kann aus einem Gebäude mittels Einbruchs rc. gestohlen werden, mag es auch mehrere unverschlossene bzw. sogar unverschließbare Eingänge haben, ja selbst mittels Erbrechens einer Tür, die nicht verschlossen war bzw. auf der der Schlüssel steckte; RG. II 25. Mai 83 R. 5 387. Namentl. kann aber der Umstand auch vorliegen, wenn ein Mitbewohner des Gebäudes selbst der Täter ist; Oppenh.-D. N. 24, v. Schwarze N. 16. Nur dann ist der Qualifikationsgrund zu verneinen, wenn die fraglichen Hdlgen an sich nicht rechtswidrig waren, wie z. B. falls der Eigentümer des Gebäudes ein Fenster zertrümmert, oder falls der Eigentümer eines Behältnisses, in dem eigene Sachen zusammen mit fremden aufbewahrt werden (s. übrigens N. 22 Abs. 1), es, weil er seinen Schlüssel verloren hat, behufs Aneignung der fremden Sachen zerbricht; so Merkel HH. 3 678; aM. v. Schwarze N. 46.

Andererseits kann von Anwendung der Nr. 2 keine Rede sein, wenn der „Einbruch" rc. nicht das Mittel zur Verübung des Diebst. war, sondern nur infolgedessen vorgenommen wurde, wie z. B. behufs Erlangung eines Zufluchtsortes bzw. zur Sicherung der Beute; Hälschner 2 322, Merkel aO., Oppenh.-D. N. 37.

27) „Mittels" Einbruchs rc. wird auch dann gestohlen, wenn jene Hdlg. nicht direkt zum Diebstahlsobjekte führte, sondern nur indirekt, insofern als durch den Einbruch rc. zunächst der Schlüssel erlangt wurde, mit dem alsdann „aus einem Gebäude o. umschlossenen Raume" gestohlen wurde; RG. III 23. Juni 80 R. 2 102 (vgl. auch das N. 25 zit. E. 40 446), Geyer 2 47, v. Schwarze N. 2. Rechtlich gleich steht der Fall, daß der Dieb in ein Gebäude einbricht oder einsteigt und hierdurch das Mittel erhält, in ein anderes Gebäude, aus dem er demnächst stiehlt, ohne Einbruch o. Einsteigen zu gelangen, sei es, daß er den zu dem letzteren Gebäude gehörigen Schlüssel dadurch sich verschafft, sei es, daß er vom ersteren Gebäude in das zweite durch einen ordnungsmäßigen Zugang gelangen kann; vgl. jedoch RG. III 9. Juni 80 R. 2 46, wonach bei der Frage, ob ein Einsteigen von außen vorliege, es darum sich handeln soll, ob der Dieb mittels Steigens in dasjenige Gebäude, aus dem er demnächst gestohlen hat, eingedrungen ist.

Zu § 243[3]. N. 28—35.

28) Im Fall der Nr. 3 liegt nur ein Grund für die Straferhöhung vor: die Art und Weise der Ausführung des Diebst. Dagegen ist nicht erforderlich, daß „aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum" gestohlen worden sei, so daß z. B. die Qualifikation auch dann vorliegt, wenn der Täter auf eine unter Nr. 3 fallende Weise des richtigen Schlüssels sich bemächtigt hat, mit welchem er ein außerhalb eines Gebäudes befindliches Behältnis öffnet, aus dem alsdann von ihm gestohlen wird.

29) „Zur Eröffnung (N. 30) eines Gebäudes (N. 11—14) o. der Zugänge eines umschlossenen Raumes (N. 7—10), oder zur Eröffnung der im Innern befindlichen Türen oder Behältnisse" (N. 22) müssen „falsche Schlüssel o. andere zur ordnungsmäßigen Öffnung nicht bestimmte Werkzeuge (N. 32—34) angewendet" (N. 31) und der Diebst. „dadurch bewirkt" (N. 35) worden sein.

Daß abweichend von Nr. 2 neben den „Behältnissen" noch die gleichfalls im Innern befindlichen „Türen" erwähnt werden (wg. alternativer Feststllg. vgl. N. 59a), beruht auf auf einer mangelhaften Redaktion, indem in Nr. 2 die Modalität „mittels Erbrechens von Behältnissen" zur Verbesserung der Fassung des PrStGB. neu aufgenommen (N. 21), in Nr. 3 aber die an sich ausreichende Fassung des PrStGB. beibehalten wurde, ohne Rücksicht darauf, daß nunmehr eine völlige Gleichheit mit der Ausdrucksweise in Nr. 2 nicht vorlag; RG. II 20. Dez. 04 E. 37 353.

Wie im Falle der Nr. 2 (N. 24) müssen die Behältnisse bzw. Türen „im Innern eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes" (Oppenh.-D. N. 53) sich befinden.

30) Wenn „zur Eröffnung" eines Gebäudes rc. im Falle der Nr. 3 die Anwendung „falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge" erfordert wird, so setzt dies voraus, daß die betreffende Räumlichkeit „verschlossen"

sei und zwar durch einen Verschluß, dessen ordnungsmäßige Eröffnung „durch einen Schlüssel oder ein anderes dazu bestimmtes Werkzeug" zu geschehen hat. Der Verschluß muß daher bewirkt sein entweder durch ein Schloß (Berlin OAG. 1. Feb. 73 St. 2 183, Merkel HH. 3 679, Oppenh.-D. N. 47, Rüd.-St. N. 19), oder wenigstens durch einen schloßähnlichen Mechanismus, wie z. B. durch einen Riegel, falls er nur von außen ordnungsmäßig durch ein dazu bestimmtes Werkzeug beweglich ist; so RG. IV 4. Juli 84 R. 6 516 (mit der Ausführung, daß eine Schließvorrichtung, die mit der bloßen Hand geleitet zu werden pflege, auch dann nicht genüge, wenn zur Eröffnung ein Werkzeug gebraucht worden sei, weil es ein zur Eröffnung einer solchen Vorrichtung bestimmtes Werkzeug überhaupt nicht gebe), III 10. Dez. 85 E. 13 200, sachlich ferner Hälschner 2 323 N. 1, indem er unter „Schloß" jeden Verschluß versteht, der ordnungsmäßig nur durch ein besonders dazu bestimmtes Werkzeug von außen zu öffnen sei.

31) Durch „Anwendung" eines zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmten Werkzeuges muß die Eröffnung geschehen sein. Der Gegensatz der Nr. 3 zu Nr. 2 läßt zweifellos die Anwendung von diesen Werkzeugen als „Brechwerkzeugen" ausgeschlossen erscheinen; es handelt sich vielmehr um eine solche Anwendung von Werkzeugen, durch die der eigentümliche Mechanismus der Verschlußvorrichtung in Bewegung gesetzt wird; geschieht die Eröffnung mittels eines Werkzeuges auf andere Weise, so wird meist ein „Einbruch" oder „Erbrechen" i. S. der Nr. 2 vorliegen; RG. III 10. Dez. 85 E. 13 200, II 7. Feb., 14. Okt. 02, G. 49 128, 50 105, Binding Lb. 1 300, Hälschner 2 324, v. Liszt S. 435, Frank N. IV 2, Oppenh.-D. N. 51, v. Schwarze N. 29. Nicht unbedingt erforderlich erscheint es dabei, daß die Bewegung z. B. eines Schloßmechanismus mittels Einführung des Instrumentes durch das Schlüsselloch in das Schloß herbeigeführt werde, vielmehr genügt auch ein Zurückdrücken des Schloßriegels z. B. durch eine Messerklinge; RG. III 8. Juni 95 E. 27 285, Binding aO.

„Anwendung" i. S. der Nr. 3 findet auch dann statt, wenn der Täter eines dritten Gutgläubigen zum Öffnen der Schließvorrichtung sich bedient; RG. I 12. Juli 82 R. 4 689.

Das Vorliegen der Nr. 3 ist zutreffend bejaht bei Eröffnung des Schlosses durch Verbindung des, von innen aufsteckenden, Schlüssels mit einem anderen Werkzeuge, z. B. einer die hervorragende Spitze fassenden Kneifzange; RG. II 16. Feb. 97 E. 29 388.

32) Zur ordnungsmäßigen Eröffnung „bestimmt" sind solche Werkzeuge, die von dem, der über den Verschluß der betreffenden Räumlichkeit zu verfügen berechtigt ist, der Eröffnung des Verschlusses dauernd gewidmet sind (N. 4); maßgebend ist dabei lediglich der Zeitmoment, in dem das Werkzeug zur Eröffnung verwendet wurde; RG. III 21. Sept. 81 E. 4 414 (N. 34_3). Wer der in der fraglichen Beziehung Verfügungsberechtigte sei, kann nur auf Grund aller einschlägigen tatsächlichen Verhältnisse und der zivilrechtlichen Bestimmungen entschieden werden; keineswegs ist unbedingt der Inhaber der Räumlichkeit der Berechtigte bzw. der Alleinberechtigte; vgl. das zit. RG. („der Eigentümer bzw. der berechtigte Inhaber"); aM. Oppenh.-D. N. 48. Ein zur Eröffnung eines Verschlusses nur dienliches, aber nicht bestimmtes Werkzeug kommt nicht in Betracht, so z. B. nicht ein zur Eröffnung des Verschlusses eines Rohres geeigneter Schraubenschlüssel, falls zur ordnungsmäßigen Eröffnung ein jeder passende Schraubenschlüssel diente; das N. 31 zit. RG. G. 49 128.

Jemand, der über einen Schlüssel nicht verfügungsberechtigt ist, kann diesen für ihn fremden Schlüssel zur ordnungsmäßigen Eröffnung eines ihm gehörigen Schlosses nur dann bestimmen, wenn er ihn zuvor rechtswidrig sich aneignete; RG. III 12. Apr. 82 E. 6 157.

33) An ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmtes „Werkzeug" sind die allgemeinen Erforderniſſe eines Werkzeuges (§ 117 N. 12a) zu stellen. Wenn Dresden 11. Jan. 75 St. 5 357 davon absehen will, so verkennt es, daß eine „Eröffnung", wie sie nach den N. 30, 31 hier erforderlich ist, wohl nur durch ein Werkzeug i. e. S. bewirkt werden kann. Abgesehen von den besonders in Betracht kommenden „Schlüsseln" (§ 369[1]) ist in der Praxis des RG. als ein solches „Werkzeug" angesehen worden: ein Haken; II 18. Feb. 81 E. 3 360; ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung eines mit einem

ventil- o. schraubenartigen Verschluß versehenen Gas- o. Wasserrohrs bestimmtes Werkzeug (sog. Schlüssel); II 14. Okt. 02 **G. 50** 105; vgl. auch das N. 31 zit. **G. 49** 128.

Streitig ist, ob das Bleistück 2c., das statt des Geldstücks durch Einwurf den inneren Senkmechanismus eines Automaten in Bewegung setzt, als ein nicht „zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmtes Werkzeug" o. gar als ein „falscher Schlüssel" anzusehen sei; dies wird richtiger zu verneinen sein (vgl. die beachtungswerten Ausführungen bei Schels Strafr. Automatenschutz S. 31, auch Günther Automatenrecht S. 31; aM.: v. Liszt S. 435, Ertel Automatenmißbrauch S. 40, auch dahin neigend Meili DJZ. **3** 383), erscheint aber nicht von ausschlaggebender Bedeutung, da keinesfalls eine „Eröffnung" des Automaten durch den Einwurf stattfindet (N. 35).

34) Der Begriff „eines falschen Schlüssels oder eines anderen zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmten Werkzeuges" ergibt aus den obigen Ausführungen von selbst sich dahin, daß darunter ein Werkzeug, insbs. ein Schlüssel zu verstehen ist, der vom Berechtigten der ordnungsmäßigen Eröffnung der betreffenden Räumlichkeit nicht dauernd gewidmet ist, also namentl. sog. „Nachschlüssel u. Dietriche" (§ 369 [1]).

Ein ausnahmsweiser Gebrauch, z. B. während der richtige Schlüssel verlegt ist, kommt also nicht in Betracht; **RG.** III 12. Apr. 82 **E. 6** 157.

Aus dem Gesagten folgt, daß ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmtes Werkzeug (insbs. ein falscher Schlüssel) namentl. auch ein solches Werkzeug ist, das der Berechtigte — Eigentümer o. sonst berechtigte Inhaber — seiner ursprünglichen Bestimmung zur Eröffnung der betreffenden Räumlichkeit, sei es ausdrücklich, sei es durch schlüssige Hdlgen, wieder entzogen hat. So: **RG.** II 18. Feb., 23. Sept. 81, 30. Jan. 85, III 21. Sept. 81, 26. Apr. 88, **E. 3** 360, **5** 17, **11** 436, **4** 414, **R. 10** 341 (btr. eines Hakens, dessen frühere Verwendung zum Öffnen der Eigentümer ausdrücklich aufgehoben, bzw. eines Schlüssels, welcher vom Eigentümer zwar zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmt war, beim Verkauf des Gebäudes aber ohne Wissen des Käufers zurückbehalten war, bzw. eines verlorenen und durch einen neuangefertigten Schlüssel ersetzten Schlüssels, bzw. eines vom Eigentümer bei Vermietung eines verschlossenen Raumes ohne Wissen des Mieters zurückbehaltenen zweiten Schlüssels), **RMG.** I 18. Mai 03 **E. 5** 145, Berner S. 564, Binding Lb. **1** 300, Geyer **2** 48, v. Liszt S. 435, H. Meyer S. 561, Frank N. IV 1, Oppenh.-D. N. 48, Rüd.-St. N. 19, v. Schwarze N. 28. **AM.** Merkel **HH. 3** 679 u. Rubo N. 26, nach denen ein für ein Schloß einmal ordnungsmäßig angefertigter Schlüssel nicht ein falscher soll werden können, ebenso Hälschner **2** 323, solange das Schloß unverändert geblieben, dagegen liege das qualif. Moment vor, wenn der Dieb mit der Absicht, einen falschen Schlüssel zu benutzen, nur zufällig den richtigen anwendete. Von einem sog. Hauptschlüssel läßt sich nicht ohne weiteres annehmen, daß er bezüglich eines vermieteten Raumes außer Gebrauch gesetzt sei; **RG.** III 20. Dez. 90 **G. 39** 57.

Die Frage, ob ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmtes Werkzeug durch den Berechtigten seiner Bestimmung wieder entzogen sei, ist wesentlich Tatfrage (vgl. die oben zitt. Entsch., namentl. **RG.** E. 5 17). Unrichtig würde es aber sein, darin, daß der Berechtigte von mehreren für das Schloß bestimmten Schlüsseln nur einen für den täglichen Gebrauch benutzt, eine die anderen zu „falschen Schlüsseln" stempelnde Bestimmungsentziehung zu sehen.

35) Der Diebst. muß „dadurch bewirkt" worden sein, daß der Täter in der in Nr. 3 näher bezeichneten Art verfährt. Hieraus folgt, daß die Anwendung des falschen Schlüssels 2c. gerade zu dem Zwecke erfolgt sein muß, um den beabsichtigten Diebst. durch Eröffnung eines Gebäudes 2c. auszuführen (N. 25); so die GM. Es würde sich also, was die Automaten anbetrifft, fragen, ob diese durch Einwurf eines Bleistücks (statt der Münze) — selbst wenn man darin die Anwendung eines „zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmten Werkzeuges" erblicken wollte (N. 33) — „eröffnet" werden; dies ist zu verneinen, da durch den Einwurf nur der innere Senkmechanismus herabgedrückt, auf den Verschluß des Automaten aber nicht eingewirkt wird; so: **RG.** I 20. Dez. 00 **E. 34** 45 (es liege weder ein „Verschluß", noch ein „Eröffnen" vor), Binding Lb. **1**

294 N. 6_1, H. Meyer S. 561 N. 26, Günther Automatenrecht S. 31, Schels Strafr. Automatenschutz S. 29 f.; aM.: v. Liszt S. 435, Ertel Automatenmißbrauch S. 41.

Liegen die Voraussetzungen der Nr. 3 vor, so kommt es darauf nicht an, ob die btr. Räumlichkeit in einer anderen Weise als durch Eröffnung mittels falschen Schlüssels zugänglich war; Oppenh.-D. N. 47. Übrigens greift N. 26_1 aE. entsprechend auch hier Platz.

Durch Eröffnung einer Räumlichkeit mittels falschen Schlüssels wird der Diebst. auch dann bewirkt, wenn jene nicht unmittelbar zum Diebstahlsgegenstand, sondern zu dem richtigen Schlüssel führt, mittels dessen ein Behältnis eröffnet wird, in dem der demnächst gestohlene Gegenstand sich befand (N. 27); Hälschner 2 234, Merkel HH. 3 679, Oppenh.-D. N. 56.

Zu § 243⁴. N. 36—42.

36) Die Gründe für die Straferhöhung im Falle der Nr. 4 sind dreifacher Art; sie liegen einerseits im Orte der Tat (N. 37), dann im Objekte des Diebst. (N. 38), endlich in der Art der Ausführung (N. 39—42).

37) Als Ort der Tat kommen in Betracht:

a) „ein öffentlicher Weg, eine Straße, ein öffentlicher Platz"; vgl. deshalb § 116 N. 2; jedoch ist zu beachten, daß im Falle des § 243 (ebenso in den §§ 250³ u. 360¹⁴) nicht erfordert wird, daß die Straße eine „öffentliche" sei, daß somit auch eine „Privatstraße" als Begehungsort genügt; Rubo § 250 N. 5;

b) „eine Wasserstraße"; hierunter ist ein jedes Gewässer zu verstehen, das ohne unter den Begriff der — den Gegensatz bildenden (RG. III 8. Jan. 00 E. 33 57) — „offenen See" (vgl. § 250³) zu fallen, dem öffentlichen Verkehr dient, ohne Rücksicht auf die etwa bestehenden Eigentumsverhältnisse; RG. FS. 11. Sept. 00 E. 33 371, Oppenh.-D. N. 61, Rüd.-St. N. 24, Meves StrZ. 13 420, Villnow Raub S. 34, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 41. Die Flößbarkeit des Wassers genügt; so Villnow u. v. Buri aO., jetzt auch Oppenh.-D.; am weitesten faßt Frank N. V 1 den Begriff; vgl. übrigens § 250 N. 3c. Aus dem obigen Gesichtspunkte ist die Frage des Vorhandenseins einer Wasserstraße nach den konkreten Verhältnissen zu beantworten; zit. RG. E. 33 371 (i. c. verneinend btr. eines Elbhafens einer Firma);

c) „eine Eisenbahn"; das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Arten der Eisenbahnen, und deshalb wollen manche, wie Villnow Raub S. 32, Meves u. v. Buri, GS. 26 264, 29 Beilageh. S. 41, auch Pferdebahnen nicht ausschließen; aM. freilich in dieser Beziehung Dresden 20. Apr. 74 St. 5 164 u. jetzt auch Oppenh.-D. N. 61a, ferner v. Liszt S. 435, der nur die mit mechanischen Naturkräften betriebenen Bahnen, also namentl. die Dampf- u. elektrischen Bahnen, hierher rechnet. Allein dieser letztere Umstand ist nicht der entscheidende; nach dem Zwecke der ganzen Vorschrift kann hier (vgl. jedoch auch §§ 90² N. 3a, 305 N. 3f, 315 N. 3) vielmehr nur darauf Gewicht gelegt werden, ob auf der Eisenbahn „Reisen" zurückgelegt werden, bei denen „Gepäck" mitgenommen zu werden pflegt, bzw. ob die Eisenbahn der Beförderung von anderen Sachen dient; ob eine solche Eisenbahn in Frage stehe, kann nur tatsächlich entschieden werden (wird jedoch bei Pferdebahnen meist verneinend zu beantworten sein), jedenfalls liegt aber nur bei ihnen Veranlassung vor, Diebstählen der hier in Rede stehenden Art durch Androhung einer erhöhten Strafe entgegenzutreten; weshalb in dieser Beziehung die Frage für die lediglich dem lokalen Personenverkehr dienenden Dampf- o. elektrischen Straßeneisenbahnen prinzipiell anders liegen soll als für die Pferdeeisenbahnen, ist nicht einzusehen; so Binding Lb. 1 303 und im wesentlichen auch Loock Schutz den Eisenbahnen S. 154 f.; vgl. übrigens Frank N. V 1, der auf alle Unterscheidungen kein Gewicht legt.

Als Eisenbahn ist aber nicht das die Schienenstränge tragende Planum als solches anzusehen (vgl. andererseits §§ 90² N. 3a, 305 N. 3f), sondern nur insofern, als es in bestimmungsmäßiger Weise mit den dafür geordneten Fahrzeugen befahren wird (Frank aO., Oppenh.-D. N. 61a, Meves aO. S. 263), d. h. wesentlich (aber nicht ausschließlich) die auf den Schienensträngen fahrenden „Beförderungsmittel" (§ 315_1); so: Binding Lb. 1 315, Merkel HH. 3 720, Schütze S. 454 N. 17, Oppenh.-D. § 250 N. 4, Rubo N. 31, v. Schwarze § 250 N. 5, Villnow aO., Loock aO. S. 156, Endemann Eisenbahnr. S. 725, Eger Preuß.

Eisenbahnr. S. 178 N. 120, u. z. T. weitergehend Supper Eisenbahnstrafr. S. 67; aM. Rüd.-St. § 250 N. 4, der Bahnkörper stehe unter dem Schutze, der öffentl. Kommunikationsmitteln verliehen sei; ob die Benutzung gg. Bahnvorschriften erfolge, sei deshalb gleichgültig. Eine Beschränkung auf „öffentliche" Eisenbahnen enthält das Gesetz zwar auch nicht, dennoch wird sie, der gewöhnlichen Annahme entsprechend, anzunehmen sein, da die Nr. 4 überhaupt nur den Schutz des öffentlichen Verkehrs bezweckt; Binding Lb. 1 303, v. Liszt S. 436, Frank N. v 1, Loock, Supper aO.;

d) „ein Postgebäude" bzw. „der dazu gehörige Hofraum";

e) „ein Eisenbahnhof"; er umfaßt, außer den Stations- und den sonstigen dem Betriebe der Bahn gewidmeten Gebäuden (Dresden 22. Jan. 75 St. 5 359), die durchgehenden und eine Anzahl Nebenschienenwege, und zwar hier in ihrer räumlichen Bedeutung, nicht aber den sog. Vorplatz vor dem Stationsgebäude; Frank N. v 1, Oppenh.-D. N. 63, Meves, Loock aO. Selbständige zur Eisenbahnverwaltung gehörige Wartehallen, z. B. auf sog. Halteplätzen, werden auch als „Eisenbahnhöfe" anzusehen sein; so: Supper aO. S. 68 N. 14, Eger aO. S. 178; aM. Merkel HH. 3 680.

38) Das Diebstahlsobjekt muß „eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörende Sache" sein.

Gegenstände der Beförderung sind diejenigen Gegenstände, die befördert werden sollen; deshalb scheiden die Transportmittel selbst und was zu deren Ausrüstung gehört, aus; so: Hälschner 2 324, Merkel HH. 3 680, Meves StrZ. 13 423; aM. Supper Eisenbahnstrafr. S. 65. Im übrigen ist nicht Voraussetzung, daß die Gegenstände bereits oder noch auf der Reise sind; Merkel aO., Schütze S. 438. Wenn Meves, GS. 26 268, bezüglich der „Gegenstände der Beförderung" für maßgebend ansieht einerseits den Zeitpunkt, in dem die Bahnverwaltung den Gegenstand zum Behuf der Beförderung übernimmt, andererseits den, bis sie durch seine Aushändigung an den Adressaten den Gewahrsam aufgibt, so erscheint diese Begrenzung zu eng, und die weitere Behauptung, daß das Gesetz das Reisegepäck nicht aus dem Gesichtspunkte des „Gegenstandes der Beförderung" betrachtet wissen wolle, unrichtig. Was von den „Gegenständen der Beförderung" im allgemeinen gilt, muß auch von dem „Reisegepäck" gelten, das lediglich eine besondere Art desselben ist; Supper aO. S. 65. Demnach ist jeder Gegenstand, der befördert werden soll und zu diesem Zwecke an eine der in N. 36 bezeichneten Örtlichkeiten gebracht ist, an sich ein geeignetes Objekt, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob eine Übergabe oder Annahme seitens des hierzu berechtigten Bediensteten stattgefunden hat; RG. I 17. Sept. 85 E. 13 243, Binding Lb. 1 303, Hälschner 2 324, v. Liszt S. 436. Auch das ist deshalb gleichgültig, ob die Sache von dem Bediensteten bereits wieder ausgehändigt ist, wenn sie nur noch an einer jener Örtlichkeiten sich befand.

Keineswegs fallen unter „Gegenstände der Beförderung" nur solche Gegenstände, die durch irgendeine Verkehrsanstalt, sondern auch solche, die durch ein dazu verwendetes besonderes Transportmittel (z. B. durch den Wagen eines Geschäftes innerhalb einer Stadt) befördert werden sollen; Dresden 11. Nov. 72 St. 2 183, Oppenh.-D. N. 65, Rüd.-St. N. 22, v. Schwarze N. 31 a. Es sind auch keineswegs nur solche Gegenstände gemeint, die auf einem besonders für sie bestimmten oder geeigneten Transportmittel sich befinden; RG. FS. 12. Aug. 82 R. 4 693 (btr. Geld auf einem Milchwagen).

Zum „Reisegepäck" insbs. gehören alle Sachen, die ein auf der Reise begriffener Mensch mit sich führt; RG. II 27. Juni 82 E. 6 394; deshalb namentl. auch das sog. Handgepäck (Meves aO.), während bezüglich der Nahrungs- und Genußmittel die Sondervorschrift des § 370[5] Platz greift; Supper aO. S. 65. Auf der Reise begriffen sind aber auch die das Transportmittel leitenden Personen (Fuhrleute, Schaffner), so daß deren Gepäck gleichfalls „Reisegepäck" ist; so die GM. Zu dem „Reisegepäck" des Fahrpersonals gehört übrigens das für das Transportmittel selbst zu Gebrauchende (Futter, Kohlen 2c.); so: zit. RG. E. 6 394, Oppenh.-D. N. 64; aM. Merkel HH. 3 680 N. 4.

Daß etwa die ganze Sache, d. h. der ganze Inhalt des Pakets im Gegensatz zu einzelnen Gegenständen aus ihm, entwendet sein müsse, ist aus der Fassung des Gesetzes

nicht zu folgern, und würde ein solches Erfordernis dessen Zweck völlig vereiteln; RG. FS. 27. Juli 86 R. 8 536.

39) Die Ausführung des Diebst. muß geschehen: entweder „mittels (N. 42) Abschneidens oder Ablösens (N. 41) der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel" (N. 40), oder „durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge" (N. 30—35).

Übrigens ist mit Rücksicht auf diese Parallelstellung einerseits und auf Nr. 3 andererseits anzunehmen, daß die Anwendung falscher Schlüssel nur in bezug auf die Befestigungs- o. Verwahrungsmittel, nicht etwa auch in bezug auf Räume in den Bahnhofsgebäuden 2c. gemeint sei; so Oppenh.-D. N. 69; aM. Supper Eisenbahnstrafr. S. 71, der Idealkonk. der Nr. 3 u. 4 annimmt. Dagegen ist von einer Beschränkung des Nachschlüsseldiebstahls auf die Eröffnung zum Transportmittel selbst gehöriger Schlösser o. Türen keine Rede; vielmehr liegt nach der allg. Ausdrucksweise des Gesetzes der straferhöh. Umst. auch dann vor, wenn mittels Nachschlüssels 2c. Schlösser geöffnet werden, die lediglich an den Gegenständen des Transports sich befinden; RG. III 9. Nov. 81 E. 5 157, Binding Lb. 1 303, Hälschner 2 325.

40) „Befestigungs- u. Verwahrungsmittel" sind, wie aus der Entstehungsgeschichte des PrStGB. § 218⁴ (ursprünglich Nr. 5), dem § 243⁴ des RStGB. fast wörtlich entlehnt ist, zu entnehmen (vgl. Goltd. Mat. 2 479), nicht lediglich von solchen Vorkehrungen zu verstehen, die Bestandteile des Transportmittels selbst sind, vielmehr sind darunter auch nicht mit diesem verbundene Befestigungs- und Verwahrungsmittel zu begreifen; RG. III 9. Nov. 81 E. 5 157, München 20. Nov. 72 St. 2 184, Geyer 2 48. In Übereinstimmung mit der oben vertretenen Ansicht sind in der Praxis als „Verwahrungsmittel" erachtet: ein „Sack", ein „Koffer"; so die zit. RG. u. München; ferner „Wagenplane" und „Plomben an Eisenbahnwagen"; Dresden 10. Nov., 23. Juni, 29. Dez. 73, St. 3 345, 117, 4 168.

a) Als „Befestigungsmittel" können nur Vorkehrungen betrachtet werden, die dazu bestimmt sind, zur Befestigung der zwischen dem Gegenstande der Beförderung u. dem Beförderungsmittel bestehenden Verbindung zu dienen; RG. IV 18. Nov. 02 E. 35 431 (verneint die Eigenschaft von Befestigungsmitteln btr. der über die Leitern eines Wagens gelegten Stangen, an denen Hasen aufgehängt waren, da sie vielmehr Transportmittel seien). Nicht notwendig ist, daß der Transportgegenstand selbst unmittelbar an das eigentl. Transportmittel befestigt sei; RG. III 24. Feb. 02 G. 49 132 (bejaht den Tatbestand, wo der Handwagen, auf dem die gestohlenen Sachen verladen waren, mittels eines Strickes an das das eigentliche Transportmittel bildende einspännige Fuhrwerk befestigt und der verbindende Strick gelöst war, ohne daß der Handwagen selbst den Gegenstand des Diebst. bildete).

b) Unter „Verwahrungsmitteln" sind nicht nur alle Vorkehrungen zu verstehen, die Transportgegenstände gegen äußere Einwirkungen, d. h. sowohl gegen die Eingriffe Unberechtigter als auch gegen die Witterung, schützen sollen (so zit. München), sondern auch diejenigen gegen Auseinanderfallen bzw. -fließen; Oppenh.-D. N. 67. In der Praxis ist in dem zur Herstellung eines Verschlusses und zur Sicherung der Ware bewirkten Aufkleben einer Gepäckmarke auf die Thür eines Kastens die Anbringung eines Verwahrungsmittels gefunden worden; RG. III 21. Juni 82 R. 4 597.

41) Was das „Abschneiden oder Ablösen" betrifft, so wollen Merkel HH. 3 680 u. ähnlich Frank N. v 3 den gewöhnlichen Wortsinn maßgebend sein lassen und deshalb weder ein Erbrechen, noch ein Anbohren, Aufbinden oder Auflösen hierher ziehen. Allein jene Ausdrücke scheinen in ihrem Gegensatze zueinander gerade anzudeuten, daß einerseits alle in gewalttätiger Weise, andererseits aber auch die durch ein bloßes Aufbinden, Abbinden o. Abstreifen bewirkten Eröffnungen o. Beseitigungen der Befestigungs- o. Verwahrungsmittel hierher zu rechnen seien. So im allg. RG. III 25. März 82 E. 6 177, FS. 27. Juli 86, R. 8 536, insbs. in ersterer Beziehung: III 9. Nov. 71 E. 5 157 (Zerschneiden eines Sackes), Hälschner 2 325, Schütze S. 438 N. 17, Oppenh.-D. N. 68, Rüd.-St. N. 23, Meves StrZ. 13 424, insbs. in letzterer Beziehung: RG. III 25. März,

21. Juni 82, 10. Dez. 96, E. 6 177, R. 4 597, G. 44 383, I 26. Apr. 83, 27. Apr. 91, E. 8 287, 21 429 (Losbinden, Aufbinden, Öffnen eines Plaidriemens, Ablösen einer Gepäckmarke durch Feuchtigkeit bzw. Abstreifen), Schütze aO., Berner S. 564, v. Schwarze N. 31 b. Meves aO. AM. in letzterer Beziehung Oppenh.-D. N. 68. Zutreffend erscheint RG, II 4. Jan. 95 E. 26 360, die Öffnung der Tür eines verschlossenen Kastenwagens mittels Drückens falle nicht unter den Begriff des „Loslösens"; so auch Binding Lb. 1 302 N. 3.

42) „Mittels" Abschneidens ꝛc. ist nur dann gestohlen, wenn der Dieb es zum Zwecke des beabsichtigten Diebst. vornahm (N. 25, 35); deshalb liegt die Qualifikation nicht vor, wenn der Dieb z. B. die Plombierung eines Eisenbahnwagens in amtlicher Eigenschaft beseitigte oder wenn bereits ein anderer, zwar mit Diebstahlsvorsatz, aber nicht in Gemeinschaft mit dem späteren Diebe, die Befestigungsmittel abgeschnitten hatte; Dresden 23. Juni 73, 21. Apr. 76, St. 3 117, 7 124.

Das „Abschneiden" ꝛc. bildet auch dann nicht das „Mittel" zur Begehung des Diebst., wenn der Beförderungsgegenstand selbst, z. B. ein Warenballen, ohne die Notwendigkeit der Beseitigung eines äußeren Hindernisses, weggenommen und demnächst zerschnitten wird; Dresden 28. März 73 St. 3 12, Binding Lb. 1 302.

Der Umstand, daß das Abschneiden das „Mittel" der Wegnahme gebildet haben muß, bedingt das Bewußtsein auf seiten des Täters, daß er an einer durch eine besondere Veranstaltung geschützten Sache sich vergreife; RG. III 21. Juni 82 R. 4 597.

Zu § 243⁵. N. 43—46.

43) Im Falle der Nr. 5 liegt der Grund für die Straferhöhung in einer die „Begehung der Tat" begleitenden Modalität (vgl. § 250¹), die darin besteht, daß „der Dieb oder einer der Teilnehmer am Diebstahle (N. 44) bei Begehung der Tat (N. 45) Waffen bei sich führt" (N. 46).

44) Da es genügt, daß „der Dieb oder einer der Teilnehmer am Diebstahle" Waffen bei sich führt, so liegt die Qualifikation bei den Teilnehmern, die Waffen nicht selbst bei sich führen, nur dann vor, wenn sie wußten, daß ein anderer Teilnehmer solche bei sich führe (§ 59). „Teilnehmer" sind hier in dem techn. S. des T. I Abschn. 3, insbs. des § 50, zu verstehen, so daß der Anstifter, wenn er „bei Begehung der Tat" mit zugegen sein sollte, gleichfalls der Strafe aus Nr. 5 verfällt.

45) Die Worte „bei Begehung der Tat" bezeichnen, daß der Dieb oder einer der Teilnehmer Waffen bei sich führen müsse, während der Diebst. tatsächlich sich abspielt; demnach ist es nicht erforderlich, daß der Dieb die Waffen während der ganzen Dauer der Verübung bei sich führt, vielmehr genügt Bewaffnung während der Tat; so: RG. III 1. Okt. 83 R. 5 558, Binding Lb. 1 303, Merkel HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. 3 682, H. Meyer S. 562, v. Schwarze N. 33, Villnow Raub S. 29; aM. Hälschner 2 327 N. 2 (Ergreifung einer zufällig sich darbietenden Waffe, um sich zur Wehr zu setzen, genüge nicht); Oppenh.-D. N. 75 ist bedenklich. Man wird die Qualifikation selbst dann noch annehmen müssen, wenn bei der Ergreifung der Waffe der Diebst. zwar juristisch vollendet war, dennoch aber seinen faktischen Abschluß noch nicht gefunden hatte (vgl. § 123 N. 25₃); so: zit. RG. R. 5 558, Binding aO.; aM. Merkel aO. Dagegen führt derjenige, der eine Waffe ergreift, lediglich um ihrer als Diebstahlsobjekt sich zu bemächtigen, sie nicht „bei Begehung der Tat" bei sich. Übrigens erfordern die hervorgehobenen Worte nicht nur einen zeitlichen, sondern auch einen örtlichen Zusammenhang, dessen Vorliegen nach den Umständen zu beurteilen sein wird; ebendeshalb wird man mit v. Schwarze N. 35 die Qualifikation für vorliegend erachten können, wenn der Wache stehende Gehilfe bewaffnet ist, während sie nach Rubo N. 34 nur dann vorliegen soll, „wenn der Gehilfe sich in demselbem Raum befand, wo die Entfernung der Sache geschehen ist".

46) Wegen „Waffen bei sich führen" vgl. § 123 N. 25. Wie dort, so ist auch hier der Grund der Straferhöhung die objektive Gefährlichkeit einer mit Waffen ausgeführten Straftat; so die GM.; vgl. jedoch Villnow Raub S. 29, der gegen die Theorie der objektiven Gefährlichkeit sich wendet, weil sie den Begriff der Waffe (s. u.) in einem zu engen und nicht definierbaren S. nehme, andererseits aber auch die subjektive Theorie nicht billigt.

Es ist deshalb zunächst nicht subjektives Erfordernis, daß der Dieb um des Diebst. willen bzw. in der Absicht, die Waffe nötigenfalls dabei zu gebrauchen, mit ihr sich versehen habe; so: RG. I 7. Dez. 96 E. 29 228, München 29. Aug., Berlin 18. Dez. 74, St. 4 169, 369, Hälschner 2 326 f., v. Liszt S. 436 N. 7, Merkel HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. 3 680, 4 408, v. Schwarze N. 32, Billnow aO.; aM. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 30, der die „äußerlich genügend kundgegebene Absicht, sich der Waffe bedienen zu wollen" erfordert; ferner: Binding Lb. 1 303, H. Meyer S. 562, v. Wächter S. 422, welche verlangen, daß der Dieb „sich mit Waffen absichtlich versehen habe oder wenigstens die Waffen, die er bei sich führe, in eine Beziehung auf die Tat setze"; ähnlich Frank N. VI. Ebensowenig ist es objektives Erfordernis, daß die Waffe äußerlich erkennbar getragen werde; so das zit. München, Hälschner, v. Liszt aO. Folgerichtig findet Nr. 5 deshalb auch bei dem Diebst. Anwendung, den ein Soldat, der ein Seitengewehr trägt, verübt; Hälschner aO., Merkel HH. 3 682, Schütze S. 435 N. 9; ferner bei einem Wilddiebst., wenn der Dieb lediglich zur Erlangung des Wildes im Gehege eine Waffe bei sich führte; so: Merkel HRl. u. HH. aO., Oppenh.-D. N. 76, v. Kries G. 25 32; aM. Schütze S. 435 N. 9.

Hiernach ist „bei" (o. „mit"; § 367⁹) „sich führen" gleichbedeutend mit dem im § 123₃ gebrauchten „versehen sein"; so: Hälschner 2 327 N. 3, Oppenh.-D. N. 74, Rubo N. 36; aM. Billnow Raub S. 28, der Täter müsse Waffen und zwar als Waffen für sich wissentlich bei sich getragen haben, sei es, daß er sie auch sonst bei sich führe, und zwar als seine Waffen, sei es, daß er sie erst zum Zwecke der Begehung der Tat ergriffen habe; ähnlich: Binding aO., Schütze S. 435 N. 9. Vgl. aber hiergegen Merkel HH. 4 406, der (HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. 3 682) „bei sich führen" nicht mit „bei sich haben" gleichstellt und solches nur annimmt, wo „die Gefahr eines Gebrauchs entweder objektiv begründet ist oder Dritten nach Lage der Dinge als begründet erscheinen kann" (dagegen im Lehrbuch S. 321 „gleichviel zu welchem Zwecke"); ähnlich H. Meyer S. 562, der Träger der Waffe müsse sich wenigstens bewußt sein, daß sie als Schreckmittel für andere in Betracht kommen könne. Übrigens setzt der Begriff voraus, daß der Betreffende die Waffen an sich, an seinem Körper, trage, und es kann daher nicht für genügend erachtet werden, wenn der Dieb die Waffen bei Ausführung des Diebst. in seinem Handbereiche hat; v. Schwarze N. 32.

Der Begriff der „Waffe" ist demnach, gleichwie im § 123₃ (das. N. 25₁), der nichttechnische. So: Berner S. 565, Merkel Lehrbuch S. 321, HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. 4 408 (anders früher 3 681), H. Meyer S. 561, Schütze S. 435, Frank N. VI, Oppenh.-D. N. 74, Rüd.-St. N. 26, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 28; auch wohl (gelegentlich) RG. I 22. Nov. 88 R. 10 683. AM.: Binding aO. S. 304, Geyer 2 48, Hälschner 2 329, v. Liszt S. 436 N. 7, v. Kries G. 25 33, 48.

In der Praxis ist mit Recht als „Waffe" erachtet worden: eine nicht geladene Schußwaffe, nach Umständen auch ein Knüttel; München 29. Aug. 74, Dresden 3. Mai 75, St. 4 169, 5 360.

Zu § 243⁶. N. 47—49.

47) Die, lediglich mit Wahl des Wortes „Begehung" statt „Verübung", aus dem PrStGB. genommenen Worte „welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben" enthalten, ohne des Wortes sich zu bedienen, eine Begriffsbestimmung der Bande; vgl.: Goltd. Mat. 2 486, Hälschner 1 557, 2 329. Die an sich straflose Bildung einer Bande begründet hier, wie im § 250², eine Straferhöhung (§ 47 N. 9₂).

Der Begriff der Bande schließt ein bloß zufälliges Zusammentreffen aus; dagegen liegt kein Grund vor, eine ausdrückliche Vereinbarung zu verlangen, obschon eine stillschweigende Verbindung nicht häufig vorkommen mag; so v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 39; aM. Billnow Raub S. 30.

Die Verbindung muß auf die „Begehung" von Raub o. Diebst. gerichtet sein; eine Verbindung dahin, daß nur Einer Täter sein, die übrigen aber lediglich Beihilfe leisten sollten, entspricht dem Begriff einer „Bande", der eine nähere Bestimmung betreffs der zukünftig zu verübenden Taten ausschließt, nicht; ein jedes Mitglied der Bande muß viel-

mehr entschlossen sein, erforderlichenfalls auch selbst als Täter mitzuwirken; Frank N. VII, v. Schwarze S. 129, Villnow aO. S. 29.

Bei der zur „fortgesetzten“ Begehung eingegangenen Verbindung kommt der Begriff der „fortgesetzten Handlung“ (§ 73 N. 6) in keiner Weise in Frage, vielmehr ist der Sinn jenes nicht glücklichen Ausdrucks aus dem Wesen der „Bande“ zu erklären; da aber unter „Bande“ allgemeiner Annahme zufolge (vgl. Berner S. 175, Geyer HRl. „Bande“ u. HH. 2 415, Hälschner 1 434, 556, v. Liszt S. 436 (219), H. Meyer S. 232, Schütze S. 150) die Vereinigung mehrerer zum Zwecke der Begehung mehrerer, im einzelnen noch unbestimmter Verbr. zu verstehen ist, so kann auch hier nur die Verbindung zur Begehung einer Mehrheit selbständiger noch nicht individuell bestimmter Raub- o. Diebstahlsfälle gemeint sein, weshalb die Verbindung zu einer fortgesetzten, durch mehrere Ausführungshdlgen zu betätigenden Straftat nicht ausreicht; so die GM., insbs. RG. I 11. Juli 87 E. 16 173, IV 27. Apr. 94 G. 24 115; aM. einerseits v. Buri S. 40, demzufolge eine auf fortgesetzten Raub gerichtete Verbindung genügen soll, andererseits Rubo N. 41, der auch das sog. Komplott hierher zählen will, sofern nur die Zahl der individuell bestimmten Fälle eine größere sei. Eine Begrenzung hinsichtlich Objekt, Zeit und Ort ist für zulässig zu erachten, wenn nur dadurch keine Individualisierung der einzelnen Diebst. herbeigeführt wird; so: RG. III 13. Dez. 83, 20. März 94, E. 9 296, 25 421, München 19. Juni 74 St. 4 171, Merkel HH. 3 683, H. Meyer S. 562, Schütze S. 435 N. 5, Frank N. VII, Oppenh.-D. N. 78, Rüb.-St. N. 31, Villnow Raub S. 29, v. Buri aO. S. 39; auch Hälschner 2 330 N. 3, abgesehen von einer Verabredung der letztbezeichneten Art. AM.: Dresden 10. Juli 74, 16. Apr. 75, St. 4 370, 5 360, Geyer HRl. aO. u. HH. 2 416 N. 2, 4 169, v. Schwarze N. 38 A. 4.

Erfordert wird eine Verbindung zur fortgesetzten Begehung „von Raub oder Diebstahl“; hiernach liegt die Qualifikation auch dann vor, wenn zu dem Diebst. nur solche Personen mitwirken, die zur bandenmäßigen Begehung von Raub (§ 249) verbunden sind; übrigens deutet der Gebrauch der Worte „Raub“ und „Diebst.“, betreffs deren eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) zulässig, darauf hin, daß es auf eine unbestimmte Vielheit ankommt, somit eine Beschränkung der Zahl nach nicht eingetreten sein darf; so: Hälschner, Merkel aO.; aM. Villnow aO. Da es ferner nur erforderlich ist, daß eine solche Verbindung geschlossen sei, nicht aber wie, so liegt die durch Nr. 6 verlangte bandenmäßige Verbindung auch dann vor, wenn sie noch außerdem auf andere strafb. Hdlgen oder ganz allgemein auf Verübung von Straftaten jeder Art geht; Villnow aO.

48) Wenn „zu dem Diebstahl mehrere (§ 47 N. 1) mitwirken“, die in der N. 47 bezeichneten Weise sich verbunden haben, so tritt die Straferhöhung aus Nr. 6 ein. Hiernach genügt allerdings die bloße Verabredung des Diebst. unter Mitgliedern der Bande, das sog. Komplott, so wenig zur Bestrafung, wie die Bildung der Bande selbst; im übrigen aber ist die „Mitwirkung“ (vgl. auch §§ 259 N. 14b, 285) in keiner Weise beschränkt und deshalb muß auch die Anstiftung sowie die intellektuelle Beihilfe unter die Strafbestimmung fallen, derartig, daß das Erfordernis selbst dann vorliegen kann, wenn nur Einer Täter war; so: Binding Lb. 1 304, Geyer HRl. „Bande“, Hälschner 1 557 N. 2, 2 330 N. 1, v. Liszt S. 436, Merkel HRl. „Diebst.“ S. 529 u. HH. 3 638, Frank N. VII, Freudenthal Notw. Teiln. S. 154; aM.: RG. III 13. Dez. 83 E. 9 296 (eine „gemeinschaftl. Ausführung“ verlangend), H. Meyer S. 562, Schütze S. 435, Oppenh.-D. N. 77, Rubo N. 40, Rüb.-St. N. 31, v. Schwarze N. 37, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 38; vgl. auch RG. III 23. Okt. 84 R. 6 644, das dahingestellt sein läßt, ob intellektuelle Beih. ausreiche, tätliche Beih. aber unter der Voraussetzung, daß die Bandengenossen bei dem Diebst. zugegen u. mittätig sind, für ausreichend erachtet; dem sich anschließend II 20. März 94 E. 25 421.

Wie einerseits nicht erforderlich ist, daß alle Mitglieder der Bande mitwirken, so wird andererseits der Begriff des Bandendiebstahls dadurch nicht ausgeschlossen, daß bei Begehung eines konkreten Diebst. einzelne der Verbindung nicht Angehörige mitwirken. Diese letzteren können mit der Strafe aus Nr. 6 aber nicht belegt werden, da auf sie der Straferhöhungsgrund in keiner Weise zutrifft; demgegenüber kommt der mangelhaften Ausdrucksweise des

Gesetzes eine entscheidende Bedeutung nicht zu; Dresden 16. Apr. 75 St. 5 360, Binding aO., Hälschner 2 330, Oppenh.-D. N. 77, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 40, Freudenthal aO. S. 155 f. Das Gesagte gilt namentl. auch dann, wenn der fremde Teilnehmer wußte, daß die übrigen Mitwirkenden Mitglieder einer Bande seien; so Hälschner 1 557 N. 3; aM. Villnow Raub S. 30.

Die verschiedenen Mitwirkenden sind nach den allg. Grundsätzen über Teilnahme zu bestrafen; ein Grund, den Gehilfen — mag er auch innerhalb der Bandengenossenschaft stehen — mit der vollen Strafe des Täters zu belegen, besteht nicht; so: Binding aO., Geyer HRl. „Bande“ u. HH. 4 169, Merkel HRl. „Diebst.“ S. 529 u. HH. 4 409, Oppenh.-D. N. 79; aM.: zit. RG. R. 6 644, München 19. Juni 74 St. 4 171, Freudenthal aO. S. 157.

Jeder einzelne Diebst. ist als solcher aus Nr. 6 strafbar; mehrere selbständige Bandendiebstähle stehen — da eine Individualisierung der Diebstähle ꝛc. nicht stattgefunden haben darf (N. 47) — in Realkonk. (§ 74) miteinander, indem die Einheitlichkeit des Entschlusses zur Annahme einer fortgesetzten Tat nicht ausreicht (§ 73 N. 8a); so außer dem zit. München: RG. IV 27. Apr. 94 G. 42 115, Berlin 23. Okt. 72 O. 13 539, Oppenh.-D. N. 79, Rüb.-St. N. 32, v. Schwarze N. 38.

49) Mag auch das Wesen der bandenmäßigen Verbindung darin bestehen, daß die auf Grund ihrer vorgenommene verbrecherische Tätigkeit selbst als eine „berufsmäßige“ (Hälschner 1 556) oder „gewerbsmäßige“ (München 19. Juni 74 St. 4 171, Geyer HRl. „Bande“ u. HH. 4 169, Schütze S. 435 N. 10) sich darstellt, so hat doch das RStGB. weder die Berufs- noch die Gewerbsmäßigkeit zum Tatbestandsmoment erhoben und folglich kann die Verurteilung aus Nr. 6 von ihrer Feststellung nicht abhängen; RG. I 15. Juni 82 R. 4 567, Dresden 16. Apr. 75 St. 5 360, Oppenh.-D. N. 78, v. Schwarze N. 38.

Zu § 243[7]. N. 50—58.

50) Die Gründe für die Straferhöhung im Falle der Nr. 7 sind dreifacher Art; sie liegen einerseits im Orte der Tat (N. 51), dann in der Zeit der Tat (N. 52), endlich in der Vorbereitung der Ausführung (N. 53—58); vgl. § 250[4].

51) Der Ort der Tat muß, ausweislich der Präposition „in“, sein: „ein bewohntes Gebäude“ (§ 306[2]). Die Frage, ob ein Gebäude (N. 11—14) „bewohnt“ sei (§ 123 N. 3), wird meist bejaht (so von Hälschner 2 331, Merkel HRl. „Diebst.“ S. 529 u. HH. 3 683 u. Oppenh.-D. N. 83), falls es Menschen „regelmäßig zur Nachtruhe“ dient. Dagegen erachten H. Meyer S. 560 N. 21 u. v. Schwarze N. 42 die Schlafstätte nicht als ein ausschließliches Merkmal und zwar mit Recht; denn man kann — wie übrigens auch Hälschner anerkennt — ein Gebäude, in dem jemand zwar regelmäßig, aber völlig unberechtigt nächtigt, wie z. B. ein von einem Vagabunden zur Schlafstätte benutztes Gartenhaus, nicht ein „bewohntes Gebäude“ nennen; man wird deshalb mit v. Liszt S. 436, Frank N. VIII, Villnow Raub S. 35 u. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 42 Gewicht darauf legen müssen, ob das Gebäude wenigstens einem Menschen zum „Wohnort“ bzw. zur „ordnungsmäßigen Nachtruhe“ oder nur zum unberechtigten „Aufenthaltsort“ dient. Abgesehen hiervon kann aber auch das Wort „regelmäßig“ irreleiten, weshalb v. Schwarze aO. hinzufügt, „wenngleich die Bewohnung vielleicht nicht eine übliche ist“; ein zum Wohnen eingerichtetes Gartenhaus wird z. B. jedesmal als „bewohnt“ zu gelten haben, wenn der Eigentümer auch nur vorübergehend eine oder einzelne Nächte dort nächtigt; die Kenntnis des Tatumstandes des „Bewohntseins“ (§ 59) auf seiten des Diebes kann alsdann freilich leicht fehlen.

„Gleichgeachtet“ werden einem bewohnten Gebäude:

a. der zu einem solchen gehörige — d. h. tatsächlich, ohne Rücksicht auf zivilrechtliche Zubehöreigenschaft (v. Schwarze N. 43) — „umschlossene Raum“ (N. 7—10), der an sich i. S. der Nr. 7 im Gegensatz zum „bewohnten Gebäude“ steht (RG. I 13. Feb. 02 E. 35 120), sowie die in einem solchen befindlichen, unbewohnten Gebäude;

b. Schiffe, die bewohnt werden (N. 11_2; vgl. auch § 306[2]).

Genügend ist, wenn auch nur ein Teil eines Gebäudes bewohnt ist; mehrere Schiffe aber, die in Winterlage unter gemeinschaftlicher Obhut sich befinden, werden dadurch nicht zu einer Einheit, so daß nur das Schiff bewohnt ist, auf dem der Wächter schläft; Oppenh.-D. N. 86.

Die Qualifikation liegt vor: „auch wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind". Dies gilt entsprechend auch für Schiffe, da solche durch den Relativsatz „welche bewohnt werden" lediglich als „bewohnte Schiffe" in dem oben erläuterten S. haben bezeichnet werden sollen.

52) Als Zeit der Tat wird die „Nachtzeit" bezeichnet; eine positive Bestimmung bezüglich der Nachtzeit, wie StPO. § 104₂ sie gibt, enthält das StGB. nicht. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, der keineswegs „Nachtzeit" mit „Zeit der Nachtruhe" gleichstellt, bildet die Nachtzeit den Gegensatz zur Tageszeit und sie beginnt deshalb mit dem Eintritt der Dunkelheit nach dem Untergang der Sonne und vorübergegangener Abenddämmerung, während sie mit dem Beginn der Morgendämmerung endigt. Diese Bedeutung hat derselbe Ausdruck in den §§ 293, 296, 322 zweifellos; für die Annahme, daß im § 243[7] mit ihm ein anderer Sinn habe verbunden werden sollen, fehlt es an Anhaltspunkten und namentl. kann der in der erhöhten Gefahr zu suchende gesetzgeberische Grund jener Bestimmung nicht geltend gemacht werden, da dieser gerade für die Zeit der nächtlichen Dunkelheit zutrifft. So: RG. I 23. Dez. 80, 5. März 83, E. 3 209, R. 5 158, Binding Lb. 1 301, Merkel S. 321, HRl. „Diebst." S. 529 u. HH. 3 684, Schütze S. 438 N. 16, Frank N. VIII, Ortloff StrZ. 11 636, Haager, v. Buri, GS. 29 307 u. Beilageh. S. 42, Villnow Raub S. 35. Die Gegner stellen „Nachtzeit" mit „Nachtruhe" gleich; während aber Mannheim 4. Apr. 76 St. 7 129, Berner S. 565, Geyer 2 48, Hälschner 2 332, v. Liszt S. 436, H. Meyer S. 561, Schütze S. 437, Oppenh.-D. N. 80, Rubo N. 43 u. Rüd.-St. N. 33 die nach den Jahreszeiten wechselnde „ortsübliche" Zeit der Nachtruhe im Sinne haben, erachten Dresden 15. Dez. 71 St. 1 283 u. v. Schwarze N. 41 diese Momente nur insofern für maßgebend, als nicht bezüglich des einzelnen Falles eine Ausnahme festgestellt sei, d. h. es soll der einzelne Fall und mit ihm die Kenntnis des Diebst. entscheiden.

53) Hinsichtlich der Vorbereitung der Ausführung (denn nur darum, nicht um die Art und Weise der Wegnahme selbst handelt es sich; RG. I 23. Okt. 99 E. 32 310) wird verlangt, daß der Täter (N. 54) in „diebischer Absicht" (N. 55) sich entweder in das Gebäude eingeschlichen oder in ihm verborgen hatte (N. 56—58). Dagegen braucht die Nachtzeit nicht planmäßig zur Ausführung des Diebst. gewählt zu sein; RG. II 5. Okt. 83 R. 5 581.

54) „Der Täter" muß sich eingeschlichen haben; doch genügt bei Mittäterschaft jedenfalls das den übrigen Mittätern bekannte Einschleichen eines einzelnen Mittäters; Oppenh.-D. N. 89. Gegen diesen ist aber mit Schütze G. 21 168 anzunehmen, daß der Täter selbst und nicht bloß ein Teilnehmer sich eingeschlichen haben müsse; die den Ausdruck „Täter" i. w. S. auffassende Auslegung verstößt beim Mangel zwingender Gründe gegen das „in dubio mitius".

55) Die „diebische Absicht", wohl zu unterscheiden von der „Absicht rechtswidriger Zueignung" (§ 242 N. 28), bezeichnet den Vorsatz, zu stehlen; Binding Grundr. S. 115, Lb. 1 301 u. Normen 2 597, Goldschmidt G. 47 265, insbs. N. 18. Ob der Vorsatz bereits auf ein bestimmtes Objekt sich richtete, ist gleichgültig, weshalb auch eine Änderung des Vorsatzes in dieser Beziehung nach bewirktem Einschleichen oder Verbergen nicht ins Gewicht fällt; Dresden 28. Mai 75 St. 5 360, Oppenh.-D. N. 91. Übrigens liegt das Erfordernis auch bei einem nur auf Mundraub (§ 370[5]) gerichteten Vorsatze vor; RG. III 20. Dez. 83 E. 9 297.

56) Ein „Einschleichen" (N. 57) findet bei einem unter Vermeidung von Geräusch bewirkten, heimlichen und absichtlich der Wahrnehmung anderer entzogenen Eintreten wider Wissen und Willen der Hausbewohner statt; daß der Eintretende dabei bestrebt sein muß, die Gefahr des Betroffenwerdens, namentl. die Begegnung mit anderen zu vermeiden — also insoweit auch „planmäßig" handeln muß — liegt in der Natur der Sache; weiterer „besonderer Vorsichtsmaßregeln" bedarf es nicht; so die GM., insbs. RG. III 25. Jan. 82, 4. Okt. 83, E. 5 400, R. 5 573, I 7. Apr. 84 E. 10 280, IV 16. Mai 85 R. 7 302.

„Sichverbergen" ist hier gleichbedeutend mit Sichverstecken, denn es bezeichnet die Tätigkeit des Diebes, wodurch er verhindern will, daß andere von dem Aufenthalte seiner

Person in dem Gebäude Wissenschaft erlangen; Frank N. VIII, Villnow Raub S. 37, 98, auch RG. I 23. Okt. 99 E. 32 310 (es sei mehr als „heimlich tun", da der sich Verbergende sich da aufhalten müsse, wo ihn die Örtlichkeit dem Gesehenwerden entziehe). Übrigens ist hier die Voraussetzung (im Gegensatz zum Einschleichen), daß der Täter seinen Eintritt in das Gebäude offen genommen habe; Hälschner 2 333.

57) Bezüglich des Einschleichens im besonderen besteht Streit darüber, wann es stattgefunden haben müsse.

Ein vornächtliches Einschleichen verlangen Schütze S. 437 N. 16 u. v. Schwarze N. 40; allein die GM. verwirft diese Ansicht, weil eine solche Beschränkung mit der allgemeinen Fassung der Nr. 7 unvereinbar ist, abgesehen davon, daß eine gegen das nächtliche Einschleichen sich richtende Strafbestimmung wohl begründet ist, da die Mittel, die das unbemerkte Eintreten verhindern sollen, so gut bei Nacht wie bei Tage angewendet und überwunden werden können.

Diesen Standpunkt teilen selbst diejenigen, die im übrigen dahin sich entscheiden, daß zwischen dem Einschleichen in das Gebäude und der Ausführung des Diebst. ein Zeitraum liegen müsse, der hinreiche, um das Einschleichen als eine den Diebst. vorbereitende besondere Hdlg. erscheinen zu lassen; so: Berlin 22. Jan., Stuttgart 10. Juli 72, St. 1 180, 356 (ersteres auf Grund eines Plenarbeschlusses; G. 20 71); auch Dresden 6. Sept. 72 St. 2 107, wennschon es (vgl. Entsch. 14. Apr., 15. Dez. 71, St. 1 15, 283) „einen längeren Zwischenraum" nicht für erforderlich erachtet; so ferner: Geyer 2 49, Merkel HRL. „Diebst." S. 530 u. HH. 3 684, Frank N. VIII.

Aber auch diese Ansicht erscheint nicht stichhaltig; sie gründet sich wesentlich darauf, daß das Wort „hatte" auch auf „eingeschlichen" zu beziehen sei, daß somit im Plusquamperfektum gesprochen werde. Allein diese Voraussetzung ist unrichtig, wie ein Blick auf die wesentlich gleichlautende Nr. 4 des § 250 (das. N. 5b) ergibt, wo eine Beziehung des „hatte" auf „eingeschlichen" dadurch ausgeschlossen wird, daß das dazwischenliegende „oder sich gewaltsam Eingang verschafft" nur als Präsensform verstanden werden kann. Außerdem ist anzunehmen, daß das RStGB., wenn es eine Beschränkung des Tatbestandes in der bezeichneten Richtung gewollt hätte, diejenige engere Fassung gewählt haben würde, die früher einzelne der Landesstrafgesetzbücher brauchten. Hiernach liegt der Fall der Nr. 7 auch dann vor, wenn der Täter in „diebischer Absicht" zur Nachtzeit eingeschlichen ist und sofort nach dem Einschleichen gestohlen hat. So: RG. FS. 11. Aug. 80, II 6. Mai 81, I 7. Apr. 84, E. 2 223, 4 127, 10 280, Binding Lb. 1 302 N. 1, Hälschner 2 333, v. Liszt S. 436, H. Meyer S. 561, Oppenh.-D. N. 90, Rubo N. 45, Meves StrZ. 13 429, Haager, v. Buri GS. 29 377 u. Beilageh. S. 43.

58) Liegt ein Sicheinschleichen oder Sichverbergen vor, so findet Nr. 7 auch dann Anwendung, wenn gleichzeitig ein erlaubter Zweck verfolgt wurde; RG. I 28. Mai 83 E. 8 412; deshalb insbs. auch, wenn ein Hausbewohner selbst auf diese Weise einen Diebst. verüben sollte; so: Binding Lb. 1 301, Schütze S. 438 N. 16, Oppenh.-D. N. 88, v. Schwarze N. 45, Villnow Raub S. 37, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 43, ohne zwischen den beiden Fällen zu unterscheiden, während RG. I 23. Okt. 99 E. 32 310 zwar annimmt, daß auch ein Hausbewohner in Räumen des Hauses, in denen er nicht weilen dürfe, diebischerweise sich verbergen könne, daß aber beim „Einschleichen" schon der sprachliche Ausdruck ergebe, der Täter gehöre nicht ins Haus. Diese Frage stand übrigens nicht zur Entscheidung. Ob jene Unterscheidung gerechtfertigt, erscheint immerhin fraglich; die Praxis des RG. schwankt tatsächlich.

Andererseits ist es auch gleichgültig, ob der Diebst. gegen einen Bewohner des Hauses oder gegen einen Fremden, z. B. einen Gast, sich richtete; Villnow Raub S. 35.

Zu § 243 1—7. N. 59.

59 a) Die Frage, inwieweit eine alternative Feststellung der in den Nr. 1—7 bezeichneten straferhöh. Umst. zulässig sei, ist gleichbedeutend mit der, wieweit verschiedene Tatbestände oder bloße Modalitäten eines und desselben Tatbestandes vorliegen (§ 47 N. 29). Das letztere aber wird nicht prinzipiell dann zu verneinen sein, wenn verschiedene

Nr. des § 243 in Frage kommen (so RG. III 29. Jan. 91 G. 39 60, insbs. btr. des „Einsteigens" u. „Einschleichens" der Nr. 2 u. 7; aM. RG. IV 8. Apr. 92 E. 23 47, btr. straferhöh. Umst., die in verschiedenen Nr. aufgeführt seien, sei eine alternative Feststllg. keinesfalls zulässig), im übrigen aber ist nur unter Vergleichung der einzelnen straferhöh. Umst. miteinander zu entscheiden, ob bloße Modalitäten oder verschiedene Tatbestände vorliegen; prinzipiell zustimmend: Ostern Alternativität S. 104 u. Wertheimer Mischgesetze S. 51. Es geht deshalb zu weit, wenn Oppenh.-D. N. 7 u. v. Schwarze N. 54 alternative Feststellg. der verschiedenen Umstände ohne Einschränkung für zulässig erklären. Der § 264 StPO. wurde für anwendbar erachtet in Fällen, wo statt „Erbrechen von Behältnissen" Einbruch, bzw. wo statt „Einbruch" Einsteigen in Frage kam (RG. III 23. Feb. 85 R. 7 138, IV 6. Mai 98 G. 46 321), dagegen für nicht Platz greifend, i. F. der Nr. 3 btr. Eröffnung einer Tür o. eines Behältnisses; RG. II 20. März 04 E. 37 353.

b) Die Straferhöhungsgründe der verschiedenen Nummern können miteinander zusammentreffen (§ 73 N. 21a), so insbs. auch diejenigen der Nr. 2 u. 4; RG. FS. 27. Juli 86 R. 8 536.

Dolus; Versuch; Teilnahme; Verhältnis zu anderen Paragraphen; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 60—65.

60) Der **Dolus** erstreckt sich beim schweren Diebst. durchweg auch auf das Qualifikationsmoment; es gilt dies nicht bloß für den Fall der Nr. 7, wo die „diebische Absicht" ausdrücklich hervorgehoben ist (N. 55), sowie für die Fälle der Nr. 2, 4, wo das Gesetz des Wortes „mittels" sich bedient (N. 25, 42; vgl. RG. III 25. Mai 81 R. 3 327), sondern auch für alle übrigen Fälle; so die GM. Dementsprechend ist in der **Praxis des RG. angenommen**, daß Bestrafung nur erfolgen könne:

aus Nr. 4, wenn dem Täter erkennbar gewesen, daß die Vorrichtungen zum Schutze der Transportgegenstände wirklich dienten; III 21. Juni 82 R. 4 597 (es sei jedoch unerheblich, ob dem Täter die Absicht des Eigentümers erkennbar gewesen, durch die getroffene Veranstaltung die Sache vor Eingriffen zu schützen);

aus Nr. 5, wenn der Täter bei der Tat sich bewußt war, daß er eine Waffe bei sich führe; II 24. Feb. 85, I 7. Dez. 96 E. 12 69, 29 228.

61) Der **Versuch** (§ 43) eines schweren Diebst. (wegen desj. eines einfachen vgl. § 242 N. 25, 39) kann, da dem Akte der Wegnahme gewisse Hdlgen vorangehen, die bereits zu den Merkmalen des Verbrechens gehören, in der Vornahme dieser Hdlgen gefunden werden, vorausgesetzt, daß sie mit Diebstahlsvorsatz geschehen; so: Hälschner 2 233, Merkel HRL. „Diebst." u. HH. 3 685, Schütze S. 434, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 47; aM. Rubo N. 3 u. § 242 N. 13. Die **Praxis** sieht in dem „Erbrechen" eines Behältnisses auch einen Versuch aus Nr. 2; so: RG. I 4. Juni 96 G. 44 142, Dresden 19. Feb. 75 St. 5 358, Berlin 10. Mai 78 O. 19 259. Was insbs. den Fall der Nr. 5 anbetrifft, so stellt auch hier das Eintreten eines Bewaffneten mit Diebstahlsvorsatz in eine fremde Wohnung als der Versuch eines schweren Diebst. sich dar, weil das Qualifikationsmoment der Gefahr beim Versuch dieselbe Bedeutung hat wie bei der vollendeten Tat; so: Hälschner 2 334, Oppenh.-D. N. 76a; aM. Merkel aO., weil das Waffenführen vor der Wegnahme der Sache kein Bestandteil des bewaffneten Diebst. sei.

Wegen versuchten schweren Diebst. darf **nicht** gestraft werden, wenn bei einer seinetwegen erhobenen Anklage nach Anregung des Gesichtspunktes aus § 370⁵ die getroffenen Feststellungen keinen Anhalt für die Annahme bieten, daß nach Vollführung des Einbruchs die unerreicht gebliebene Absicht des Täters auf die Wegnahme anderer Gegenstände als Nahrungsmittel gerichtet gewesen sei; RG. III 9. Nov. 81 R. 3 701.

Wegen des sog. **untauglichen** Diebstahlsversuchs vgl. § 43 N. 19 ff.

Wegen Abgrenzung der straflosen **Vorbereitungshandlungen** vom Versuch vgl. einerseits das zit. RG. G. 44 142, das Versuch annahm, trotzdem die Wegnahme der Sachen nicht unmittelbar nach Herstellung der Öffnung, sondern gelegentlich erfolgen sollte, andererseits RG. II 5. Juni, 19. Okt. 83, 2. Juni 85, R. 5 407, E. 9 81, R. 7 341, wo in den btr. Fällen durchweg nur vorbereitende Hdlgen gesehen wurden.

62) Die Teilnahme betreffend, so ist zu vergleichen wegen Mittäterschaft: oben N. 54 sowie § 47 N. 15, wegen Anstiftung u. Beihilfe: oben N. 44, sowie § 48 N. 16 bzw. oben N. 48_3.

63) Ein versuchter schwerer Diebst. kann mit einem vollendeten einfachen in Idealkonk. treten; so das § 73 N. 13b 1 zit. RG. E. 15 281 sowie das o. N. 25_4 zit. Dresden St. 5 358.

Wegen Realkonk. (§ 74) mehrerer selbständiger Bandendiebstähle s. N. 48_4.

Was das Verhältnis des schweren Diebst. aus Nr. 2 zu dem mittels Eindringens begangenen Hausfriedensbr. (§ 123) anbetrifft, so konsumiert die Strafandrohung aus § 243² diejenige aus § 123 (vgl. § 73 N. 14a); aM. Frank N. XI. Gleiches ist im Verhältnis der Nr. 2 zur Sachbeschädgg. (§ 303) anzunehmen; vgl. jedoch § 303 N. 12b.

Wegen des Verhältnisses zum Raub vgl. § 249 N. 10c, zum Mundraub § 370⁵ N. i.

64) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2); die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) zugelassene Hauptstr. ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wg. der zulässigen Nebenstrafen vgl. § 248.

Die Bestrafung des Versuchs (N. 61) erfolgt nach den §§ 44 ff. (insbs. Abs. 4), 45.

Wegen Strafantrag und Strafausschließung vgl. § 247.

65) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73⁵.

§. 244.

Wer im Inlande als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler bestraft worden ist, darauf abermals eine dieser Handlungen begangen hat, und wegen derselben bestraft worden ist, wird, wenn er einen einfachen Diebstahl (§. 242) begeht, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, wenn er einen schweren Diebstahl (§. 243) begeht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt beim einfachen Diebstahl Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten, beim schweren Diebstahl Gefängnißstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

PrStGB. § 219. Entw. I §§ 217⁷, 219 Abs. 1, II § 239.
Vgl. § 245.

Rückfall im allgemeinen. N. 1, 2.

1) Abweichend vom PrStGB. § 59 bildet der Rückfall im RStGB. nicht im allgemeinen, sondern nur in folgenden Fällen einen Qualifikationsgrund:

I. beim wiederholten Rückfall und zwar:
  a. in dem wesentlich gleichen S. der §§ 244, 245 bzw. 261 und 264 im Falle: α. des Diebstahls (§§ 242, 243), β. der Hehlerei (§§ 258—260), γ. des Betruges (§ 263),
  b. i. S. des § 362 im Falle des Bettelns (§ 361_4);

II. schon beim ersten Rückfall i. S. des § 250⁵ (abgesehen von dem hervorgehobenen Unterschiede wesentlich gleich dem Falle Ia) in den Fällen:
  a. des Raubes (§§ 249, 250¹⁻⁴, 251),
  b. der beiden gleich dem Raube zu bestrafenden Verbr. aus §§ 252, 255.

2) Obgleich der Rückfall in den soeben bezeichneten Fällen zur Androhung einer höheren bzw. schwereren Strafe geführt hat, als wie sie auf den Diebst. an sich angedroht ist, so gehört der Rückfall dennoch nicht zu den straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 295, da die Schuldfrage nach der ausdrücklichen Vorschrift der StPO. § 262³ die „Voraussetzungen des Rückfalles“ nicht begreift; über das Vorliegen des Rückfalles wird daher der Regel des GVG. § 198_1 gemäß nach der absoluten Mehrheit der Stimmen entschieden, auch gebührt im schwurgerichtl. Verfahren die Entscheidung dem Gerichte, nicht den Geschworenen. Dagegen bildet der Rückfall allerdings einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 264, 266.

Die Feststellungen des Vorderrichters bezüglich der Vorstrafen bzw. die unterbliebene Feststellung kann der Revisionsrichter nicht abändern oder nachholen; RG. II 14. Apr. 85 R. 7 225. Doch muß die Feststellung auf der Grundlage von Beweismomenten beruhen, die Gegenstand der Beweisführung in der Hauptverhandlung gewesen sind; RG. III 2. Juni, 17. Nov. 80, R. 2 17, 529. Deshalb genügt es nicht, wenn das Urteil betreffs der Vorbestrafungen lediglich auf die in einem früheren Urteile enthaltene Feststellung sich bezieht; v. Schwarze N. 7, Ortloff St. 1 6, v. Stemann GS. 23 419. Ev. hat die Aufhebung des Vorderurteils nur hinsichtlich der Annahme des Rückfalls zu geschehen, während die übrigen Feststellungen aufrechterhalten bleiben; RG. zit. R. 2 529, I 23. Okt. 99 E. 32 310.

Erfolgt eine Verurteilung zu einer Rückfallsstrafe ohne Feststellung sämtlicher Voraussetzungen des Rückfalls, so beruht das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes und zwar einer materiellen Rechtsnorm; denn die Anwendung der für die Bestrafung des Rückfalles gegebenen Strafandrohungen ist ohne jene Feststellung nicht gerechtfertigt; v. Schwarze § 245 N. 7, v. Stemann aO. Die nötige materielle Grundlage fehlt deshalb, wenn z. B. nur „ein im wiederholten Rückfalle begangener Diebst." festgestellt wird, während sie beim Gebrauch der Gesetzesworte, auch ohne Angabe der Einzelheiten mit Daten ꝛc. gegeben ist; aber eine solche Feststellung entspricht nicht der prozessualen Vorschrift des § 266 StPO., weshalb einer entsprechenden Rüge wg. unzureichender Begründung des Urteils stattgegeben werden muß; RG. I 24. Okt. 81 R. 3 636; auch im Falle RG. I 22. Jan. 83 R. 5 47 scheint eine solche erhoben gewesen zu sein; anderenfalls würde dieses Urteil — vom materiellen Standpunkte aus — weitergehende Anforderungen stellen.

Zu §§ 244, 245. N. 3.

3) Beide §§. zusammen enthalten die Voraussetzungen des „wiederholten Rückfalles" (diese Bezeichnung braucht das PrStGB., z. B. §§ 37[1], 122_2, technisch) beim Diebstahl. Diese Voraussetzungen sind ihrer zeitlichen Aufeinanderfolge nach:

a. eine im Inlande als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler erfolgte Bestrafung;

b α. eine demnächstige Begehung einer dieser Handlungen,

β. eine Bestrafung wegen derselben;

c. die Begehung eines Diebstahls innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren seit der Verbüßung oder dem Erlasse zu der b β. erkannten Bestrafung.

Zu § 244. N. 4—15. Eine im Inlande als Dieb ꝛc. erfolgte Bestrafung. N. 4—11.

4) Unter der vom Gesetz erforderten „Bestrafung" ist zu verstehen: die Verurteilung zu einer Strafe (das „mit Strafe belegen" i. S. des § 2; das. N. 9) in Verbindung mit deren, wenigstens teilweiser (N. 6), Verbüßung, während die Motive in einseitiger Weise sagen, daß der Entw. die Voraussetzung des Rückfalls „nicht mehr" (wie das PrStGB. § 219) „in der früheren Verurteilung des Diebes, sondern in der gänzlichen oder teilweisen Verbüßung der früheren Strafe" finde; richtiger ist die Fassung des M StGB. $§ 13_1$: „verurteilt und bestraft"; Olshausen Vorbestr. S. 84. Somit liegt Bestrafung i. S. des Gesetzes noch nicht vor, ehe nicht die erkannte Strafe ganz oder doch teilweise verbüßt ist; RG. II 8. Juni 84 R. 6 527.

5) Eine kriminelle Vorstrafe ist erforderlich, eine bloß disziplinare genügt nicht. Welcher Art aber die kriminelle Strafe sei, ist gleichgültig (so die GM.); sie braucht deshalb insbs. das Maß einer Übertretungsstr. nicht überstiegen zu haben (Berlin 9. Apr. 74 St. 4 52) u. kann auch in einem Verweise (§ 57 N. 11) bestanden haben (RG. I 14. Okt. 86, III 20. Sept. 88, E. 14 421, 18 116). Mit Rücksicht auf das Erfordernis der mindestens teilweisen „Verbüßung" (§ 245 N. 2) kommt freilich nur die Verhängung einer Hauptstr. in Betracht; vgl. RG. III 7. Juli 90 E. 21 35.

Auch das ist gleichgültig, in welcher Weise die kriminelle Strafe verhängt wurde; es genügt deshalb eine „polizeilich" erkannte Strafe, falls solche auf Grund früherer Strafprozeßgesetze wegen Diebst. ꝛc. zulässig war; so, außer dem zit. Berlin: RG. III 12. Jan. 81 R. 2 718, Stuttgart 27. März, 3. Juli, 28. Dez. 72, Mannheim 29. Sept. 77, St. 1 284,

2 54, 198, 7 315, Geyer HRl. „Rückf.", Merkel HH. 4 411, Hälschner 1 553 N. 2, 2 277, v. Liszt S. 437, Schütze S. 439 N. 18, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 8, Olshausen Vorbestr. S. 89; aM.: v. Schwarze N. 6, Ortloff St. 1 7, v. Stemann GS. 23 411.

Die materielle Gerechtigkeit der Vorbestrafung als solche kann Gegenstand des späteren, die rechtlichen Bedingungen des Rückfalles prüfenden Strafrichters nicht sein; deshalb gilt als Vorbestrafung auch eine unter der Herrschaft des RStGB. erfolgte Verurteilung eines nach § 55 Strafunmündigen; zit. RG. E. 18 116.

6) Die Verbüßung der Vorstrafe muß erfolgt sein, d. h. es muß der Verurteilte das zuerkannte Strafübel zufolge Vollstreckung der Strafe an ihm erduldet haben; denn die Verbüßung seitens des Verurteilten ist das Korrelat der Strafvollstreckung seitens der Strafvollzugorgane; RG. I 23. Sept. 86 E. 14 413. Schon deshalb kann eine auf Grund des § 37 ausgesprochene Aberkennung der bER. als eine die Voraussetzungen des Rückfalles erfüllende Bestrafung nicht angesehen werden; denn die Straffolge des VbER. tritt von selbst, ohne Vollstreckung ein; so: RG. III 7. Juli 90 E. 21 35, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze S. 91, Olshausen Vorbestr. S. 97 f., v. Bar Lehrbuch S. 262; aM.: Merkel HH. 4 411, Teichmann HRl. „Ehrenstr.", Oppenh.-D. § 245 N. 2, Rubo N. 13. Es genügt jedoch nach § 245 (das. N. 2) eine auch „nur teilweise Verbüßung", ja sogar ein „gänzlicher o. teilweiser Erlaß".

Die Anrechnung der Untersuchungsh. auf Grund des § 60 (das. N. 13) steht der Verbüßung gleich; so die GM., insbs. Dresden 16. Juni 71 St. 1 91.

Im Zivilstrafverfahren kann eine Verbüßung nur stattfinden nach vorausgegangener Urteilsverkündung, da ihm eine Verbüßung ohne solche unbekannt ist; eine ohne vorherige Urteilsverkündung erfolgte Einführung in ein Strafgefängnis würde als Antritt der Verbüßung nicht angesehen werden können (vgl. den Fall im GS. 27 223); Olshausen Vorbestr. 92. Dasselbe gilt jetzt gemäß MStGO. § 416 im Militärstrafverfahren.

Hiermit hängt die Frage zusammen, ob das die Vorbestrafung aussprechende Urteil zur Zeit der Begehung der neuen Tat bereits die Rechtskraft beschritten haben müsse. Bezüglich eines auf Grund der RStPO. ergangenen Urteils ist die Frage zu bejahen, da nach § 481 die Verbüßung der Strafe ein rechtskräftiges Urteil voraussetzt; RG. I 16. Mai 81 E. 4 230 (i. F. der Anrechnung der Untersuchungsh. durch Urteil), IV 25. Sept. 85 E. 13 18 (i. F. einer Verbüßung der Strafe gemäß StPO. § 482). Gleichmäßig ist sie btr. der auf Grund der MStGO. ergangenen Urteile zu bejahen; vgl. § 450 i. V. mit §§ 416, 353.

Soweit hiernach die Rechtskraft der Verurteilung die gesetzmäßige Voraussetzung für die Strafvollstreckung bildet, gewinnen gesetzwidrige Strafvollstreckungen auf Grund noch nicht rechtskräftiger Verurteilung, wie z. B. eine solche Erteilung des Verweises (§ 57 N. 15), erst mit Eintritt der Rechtskraft Wirksamkeit, wie auch die Anrechnung der Untersuchungsh. (§ 60 N. 13); RG. I 14. Okt. 86 E. 14 421.

7) „Im Inlande" muß die Bestrafung erfolgt sein, während die Tat auch im Auslande begangen sein kann (N. 12_2).

a) Zunächst muß also die Verhängung der Strafe im Inlande erfolgt sein; so die GM. Die Verurteilung muß daher der Regel nach durch eine Behörde erfolgt sein, die ihren Sitz im Inlande hat; ROHG. 6. Dez. 72 StrZ. 13 344 (btr. Verurteilung durch ein französisches Gericht, dessen Sitz bei Frankreich blieb, während der Sprengel zum Teil an D. abgetreten wurde). Dem stehen aber andere Fälle gleich, in denen die Verurteilung von einer inländischen Behörde ausging, ohne daß der Urteilsspruch im Inlande gefällt wurde (Oppenh.-D. N. 1), so namentlich die im Auslande erfolgte Verurteilung durch ein Militärgericht des D. Heeres; Berlin 10. Sept. 73 St. 3 66, Hälschner 2 336, Merkel HH. 4 412, Rüd.-St. N. 2, Olshausen Vorbestr. S. 96, Beling Exterritorialität S. 181 f. Desgl. die Verurteilung durch ein D. Konsulargericht (Beling aO. S. 186) u. wohl auch ein Gericht in den D. Schutzgebieten (§ 4 N. 20c). Zustimmend in diesen Beziehungen Finger 1 530, insbs. N. 686; aM. dagegen Frank N. II 1.

Dagegen steht die Verurteilung durch ein ausländisches Gericht auch dann, wenn die Vollstreckung ausnahmsweise im Inlande erfolgen sollte, einer Verurteilung im Inlande nicht gleich; Olshausen aO.

b) Aber auch die Verbüßung der erkannten Vorstrafe muß im Inlande erfolgt sein; so: Hälschner 2 336 (vgl. aber 1 553), Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 4, Olshausen aO. S. 95; aM.: Oppenh.-D. § 245 N. 4, v. Schwarze N. 3 A. 2 (vgl. jedoch das. § 2 N. 9). Daß solches geschehen sei, ist anzunehmen, wenn ein inländisches Urteil auf Grund des § 7 (das. N. 7) eine im Auslande vollzogene Strafe anrechnet, da dieser Fall demjenigen der Anrechnung der Untersuchungshaft gemäß § 60 analog ist (o. N. 6); Merkel HH. 4 411, Oppenh.-D. § 245 N. 2, Olshausen aO. S. 97.

8) Das RStGB., insofern es die Bedingung der inländischen Bestrafung, d. h. also der im Inlande erfolgten Verurteilung und Verbüßung aufstellt, ist milder als jedes andere Gesetz, das zur Begründung des Rückfalles auch nur in einer der beiden Richtungen eine ausl. Bestrafung für hinreichend erachtet. Ev. würde deshalb § 2, Anwendung finden; Dresden 24. Apr. 71 St. 1 23, Hälschner 2 336, Olshausen Vorbestr. S. 99.

Im Vergleiche mit anderen Strafgesetzbüchern, die ebenfalls inländische Bestrafung im obigen S. erfordern, ist das Gesetz das mildere, welches den Begriff des Inlandes am engsten faßt; bei im übrigen gleichen Voraussetzungen wird deshalb das RStGB. gegenüber jedem der früheren D. Partikularstrafgesetzbücher als das härtere erscheinen. Dies gilt aber auch, insofern das RStGB. selbst im Laufe der Zeit den Begriff Inland erweitert hat; diejenige spätere Redaktion, nach der „Inland" den weitesten Umfang hat, erscheint als das härtere Gesetz, und deshalb muß auf eine noch unter der Geltung der früheren Redaktion verübte Tat das StGB. in dieser früheren Redaktion Anwendung finden. So: Hälschner 3 336, Olshausen aO., auch Merkel HH. 4 410 (obgleich er hinsichtlich des ersteren Satzes eine Meinungsverschiedenheit feststellt).

Wegen weiterer kasuistischer Fragen, die jetzt nach Ablauf von 35 J. seit Inkrafttreten des StGB. ihre praktische Bedeutung im wesentlichen verloren haben, vgl. die näheren Erörterungen dieser N. in der 5. Aufl. des Komm.

9) „Als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler" muß der Täter vorbestraft worden sein. Das ist auch dann der Fall, wenn die Vorbestrafung nicht wegen vollendeter Täterschaft, sondern wegen Versuchs oder wegen Teilnahme erfolgt; so die GM., insbs. RG. I 23. Sept. 80 E. 2 261 (btr. Beih.), II 13. Jan. 82 R. 4 40 (btr. Versuchs), II 3. März 82, IV 18. Nov. 90, R. 4 223, G. 38 441 (btr. Anstiftg.); aM.: Rubo N. 7, v. Stemann GS. 28 413 u. bezüglich der Beih. v. Wächter S. 435, weil der bloße Gehilfe nicht das Verbr. selbst begehe. Demgemäß genügt auch eine Vorbestrafung wegen „vor Begehung der Tat zugesagter" Begünstigung eines Diebst. 2c. (§ 257 N. 47a); RG. II 8. Juni 83 E. 8 317, Geyer 2 49, v. Liszt S. 437, Oppenh.-D. N. 11.

Falls Vorschriften, wie § 370⁵ oder besondere nach EG. § 2, neben dem RStGB. in Kraft gebliebene Gesetze, Bestimmungen enthalten, nach denen gewisse Diebst. (Entwendungen) mit milderen Strafen zu belegen sind, so ist eine auf Grund dieser Bestimmungen erfolgte Vorbestrafung zur Begründung des Rückfalls nicht geeignet; so die GM., insbs.: Stuttgart 27. März, Jena 4. Juli, München 24. Feb. 72, St. 1 284, 2 188, 282, Berlin 12. Juni 74 O. 15 399. Soweit dagegen nach einzelnen Vorschriften dieser Sondergesetze beim Vorliegen gewisser Tatumstände die Bestimmungen des StGB. über Diebst. Platz zu greifen haben, kommt auch eine Vorbestrafung auf Grund jener Vorschriften für § 244 in Betracht; so: RG. I 13. Mai, II 19. Okt. 80, R. 1 772, E. 2 354 (btr. des § 45, der Pr. FPO. v. 1. Nov. 1847), Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 8; aM. John ZStrW. 1 273. Zweifellos genügt eine Vorbestrafung wegen eines, als militärisches Verg. sich darstellenden, Diebst. aus MStGB. § 138; RG. III 27. März 84 E. 10 330.

10) Erfolgte die Vorbestrafung unter der Herrschaft eines anderen Gesetzes als des RStGB., so können Änderungen in der Gesetzgebung zu dem Zweifel Anlaß geben, ob eine Vorbestrafung i. S. des § 244 anzunehmen sei. Dabei ist freilich zu beachten, daß auf eine Änderung lediglich der technischen Bezeichnung einer Straftat nichts ankommt; so z. B. wenn die frühere Württembergische Gesetzgebung „Entwendung" als gleichbedeutend mit „Diebstahl" oder die Hannoversche „Begünstigung aus Gewinnsucht" als gleichbedeutend mit „Hehlerei" brauchte; RG. I 7. Juni 83 E. 8 418, Stuttgart 3. Juli 72 St. 2 54, Berlin

60*

24. Jan. 77 O. **18** 63. Es kann somit auch nicht die im entscheidenden Teile des Urteils gebrauchte Bezeichnung des Straffalles, sondern nur die angewendete materielle Strafbestimmung selbst maßgebend sein; so: Hälschner **2** 335, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 9; aM. Meves StrZ. **12** 122.

Einig ist man zwar darüber, daß der Umstand, ob die Verfolgbarkeit der Hdlg. früher von anderen Bedingungen abhing als jetzt, gleichgültig sei; so insbs. hinsichtlich des Antragserfordernisses, ferner hinsichtlich der Verfolgbarkeit jugendlicher Personen im Alter von weniger als zwölf Jahren (RG. III 20. Sept. 88 E. **18** 116, Berlin 14. März 72 St. **1** 289). Dem reiht der Fall sich an, daß eine Bestrafung wegen Versuchs erfolgt ist, obgleich eine solche nach § 46 des RStGB. nicht hätte eintreten können; Rüd.-St. N. 9.

11) Schwieriger sind die Fälle, in denen zufolge einer materiellen Gesetzesänderung der jetzige Verbrechensbegriff mit dem früheren sich nicht mehr deckt:

a. es werden jetzt andere Tatbestandsmomente erfordert als früher;

b. aus dem allgemeinen Diebstahlsbegriffe wird jetzt ein spezieller Deliktsbegriff ausgesondert oder umgekehrt eine früher bestandene Aussonderung kommt jetzt in Wegfall.

Hinsichtlich der Behandlung dieser Fälle stehen zwei Ansichten sich gegenüber: nach der einen sollen lediglich diejenigen Hdlgen, die nach dem geltenden Rechte als Diebst. sich bezeichnen lassen, zur Begründung des Rückfalles geeignet erscheinen, nach der anderen aber soll der Wechsel der Gesetzgebung unberücksichtigt bleiben und zur Rückfallsbegründung jede Verurteilung geeignet sein, die wegen Diebst. 2c. i. S. der früheren Gesetzgebung erfolgte. Die erstere Ansicht ist praktisch häufig undurchführbar (vgl. Olshausen Vorbestr. S. 113); man wird deshalb der letzteren, mit dem Wortlaut des § 244 wohl zu vereinbarenden Ansicht den Vorzug geben und annehmen müssen, daß solche Übergangsfragen im § 244 nicht haben erledigt werden sollen, während § 2_2 seinem Wortlaute nach nicht anwendbar erscheint. So, außer Olshausen aO. und dem o. N. 10 zit. Berlin: RG. I 7. Juni 83, 15. März 86, III 28. Juni 88, E. 8 418, R. 8 169, **10** 453, Dresden 15. Nov., Stuttgart 19. Juni 72, 27. Aug. 73, St. **2** 186, 53, **3** 200, Schütze S. 439 N. 18, Oppenh.-D. N. 5, v. Schwarze N. 4, 5, Ortloff St. **1** 6, Meves StrZ. **12** 121. AM.: Geyer HRl. „Rückfall", Merkel HRl. „Diebst." S. 531 u. HH. **3** 688, **4** 411, H. Meyer S. 413, Frank N. II 1, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 9, v. Stemann GS. **23** 422.

Weitere Voraussetzungen des § 244. N. 12, 13.

12) Die nächste Voraussetzung des § 244 ist, daß der als Dieb 2c. bereits einmal Bestrafte „darauf abermals eine dieser Hdlgen begangen hat und wegen derselben bestraft worden ist". Eine wörtliche Auffassung dieser Bestimmung ist nicht möglich, da sie zu dem juristischen Unding führen würde, daß nicht bloß die noch zu bestrafende, sondern auch eine bereits früher rechtskräftig bestrafte Tat zum Gegenstand des Beweises und der Aburteilung, wenn auch nicht einer neuen Strafverhängung, gemacht werden müßte; RG. III 20. Sept. 88 E. **18** 116, IV 15. Okt. 95 G. **43** 390; vgl. jedoch Pfizer Anti-Seuffert (Leipzig 1892) S. 6 ff. Bezüglich der den Rückfall bedingenden beiden früheren Straftaten ist die gesetzgeberische Absicht nur dahin gegangen, als Voraussetzungen hinzustellen:

a. die Bestrafung wegen einer der bezeichneten Straftaten;

b. die darauf folgende nochmalige Bestrafung wegen einer — inhalts des zweiten Urteils — nach der ersten Bestrafung verübten Straftat derselben Art.

Im übrigen finden auf diese zweite, zu b bezeichnete Voraussetzung die N. 4—7 ebenfalls Anwendung; vgl. Olshausen Vorbestr. S. 115.

13) Die dritte und letzte Voraussetzung des § 244 ist die Begehung eines unter § 242 oder § 243 zu subsumierenden Diebst. nach Verbüßung der die zweite Voraussetzung (N. 12) bildenden Strafe; RG. II 8. Juli 84 R. **6** 527. Eine nähere Bestimmung erhält diese Voraussetzung noch durch § 245 (das. N. 3).

Was den Täter („Wer") anbetrifft, so kann nach § 3 nicht zweifelhaft sein, daß auch ein Ausländer aus § 244 zu bestrafen ist, wenn nur die Voraussetzung der Vorbestrafungen im Inlande vorliegt; Berlin 2. Mai 76 O. **17** 297.

Bezüglich der Tat ist hervorzuheben, daß auch der Versuch und die Beihilfe genügen (N. 9_1); so die GM., insbs. RG. I 3. Mai (btr. Versuch), 29., 23. Sept. 80 (btr. Teilnahme), R. 1 715, 2 275, E. 2 261. Dabei ist gleichgültig, ob der Täter selbst nur aus § 242 oder § 243, nicht aber wegen Rückfalls zu bestrafen war; es folgt dies aus den allgemeinen Grundsätzen über Bestrafung des Versuchs (§ 44) bzw. der Teilnahme, nicht aus dem Prinzip des § 50, wie das das. N. 3 zit. Dresden St. 1 21 annimmt.

Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 14, 15.

14a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt Folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchthaus (§ 14_2) und zwar beim einfachen Diebst. von 1—10 J., beim schweren von 2—15 J. Für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist die Hauptstrafe Gefängnis bis 5 J. (§ 16) und zwar beim einfachen Diebst. von 3 Mt., beim schweren von 1 J. an. Wegen der Nebenstrafen vgl. § 248.

b) Der Versuch des Verbr. (vgl. einerseits § 43_1, andererseits §§ 242 N. 39, 243 N. 61) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Wegen Strafantrag und Strafausschließung vgl. § 247.

15) Nach § 67_2 verjährt die Strafverfolgung des einfachen Diebst. im wiederholten Rückfalle in zehn, diejenige des schweren in funfzehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[5].

§. 245.

Die Bestimmungen des §. 244 finden Anwendung, auch wenn die früheren Strafen nur theilweise verbüßt oder ganz oder theilweise erlassen sind, bleiben jedoch ausgeschlossen, wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind.

PrStGB. §§ 219, 60. Entw. I § 219 Abs. 3, II § 240.

Vgl. §§ 250[5], 261 Abs. 3, 264 Abs. 3 sowie G. z. Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 § 4 Abs. 2.

1) § 245 enthält bezüglich der im § 244 bezeichneten Voraussetzungen des Diebst. im wiederholten Rückfalle nähere Bestimmungen, und zwar in zwei Punkten: einmal hinsichtlich des Begriffes der Bestrafung, soweit es nicht nur um die Verurteilung zu Strafe sich handelt (§ 244 N. 4), dann hinsichtlich des Zeitraumes, in dem der neue Diebst. begangen sein muß (§ 244 N. 13); so enthalten erst die beiden §§ 244, 245 zusammen den vollen Umfang der Voraussetzungen des Diebst. im wiederholten Rückfalle (§ 244 N. 3).

2) Die Bestimmungen des § 244 finden Anwendung, „auch wenn die früheren Strafen nur teilweise verbüßt oder ganz oder teilweise erlassen sind". Eine nach § 70 verjährte Strafe ist sonach ungeeignet, den Rückfall zu begründen, wiewohl die Verjährung in anderen Fällen (vgl. §§ 36, 38) der Verbüßung oder dem Erlaß der Strafe gleichgestellt ist; Rüd.-St. N. 1.

Die „teilweise Verbüßung" der früheren Strafe anlangend, so ist es, falls früher auf eine Gesamtstrafe (§ 74 N. 11) erkannt worden war, genügend, wenn nur mit deren Verbüßung der Anfang gemacht ist, sollte die Strafe auch zum Teil wegen einer den Rückfall nicht begründenden Straftat erkannt worden und die Einsatzstrafe sogar nach dieser bemessen gewesen sein; es folgt dies aus dem einheitlichen Charakter der Gesamtstrafe, bei der jeder Teil wegen aller mitabgeurteilten Delikte als erkannt und somit auch als verbüßt erscheint; Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 3, Olshausen Vorbestr. S. 90.

Die Frage, ob auch die bloße Vollstreckung einer Nebenstrafe, z. B. der Einziehung (die einer solchen nicht bedürfenden scheiden nach dem Begriffe der „Verbüßung" überhaupt aus; § 244 N. 6), als eine „teilweise Verbüßung" i. S. des § 245 anzusehen sei, wird nach dem Geiste der Bestimmung richtiger zu verneinen sein; offenbar ist auf die wenigstens teilweise erfolgte Vollstreckung der Hauptstr. Gewicht gelegt; so: Merkel HH. 4 412, Olshausen Vorbestr. S. 92; aM. Oppenh.-D. N. 3.

3) Die Bestimmungen des § 244 bleiben ausgeschlossen, „wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind".

Der klare Wortlaut (vgl. dagegen MStGB. § 13_2 „bis zur Begehung der neuen strafb." Hdlg.) läßt keinen Zweifel darüber, daß die Rückfallsstrafe nur dann ausgeschlossen ist, wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der wegen Diebst. ꝛc. erkannten „letzten," d. h. der unmittelbar vor dem jetzt zur Aburteilung vorliegenden „neuen" Diebst. erkannten, Strafe bis zur Begehung „dieses neuen Diebst. zehn Jahre verflossen sind"; Zwischenräume von dieser oder längerer Dauer zwischen anderen, der „letzten" Strafe vorangehenden, Bestrafungen und dem darauf verübten Diebst. ꝛc. sind dagegen für die sog. Rückfallsverjährung bedeutungslos. So die GM., insbs. RG. I 4. März, III 29. Mai 90, E. 1 246, R. 1 833. AM.: Jena 14. Nov. 72 St. 3 17, Binding Grundr. S. 235, Finger 1 532 N. 687, Pfizer Anti-Seuffert S. 19 ff.

Im übrigen ist die Frage, ob die „Verbüßung" (bzw. der „Erlaß") nur von der Hauptstrafe zu verstehen sei, in demselben Sinne wie für den Fall des § 79 (das. N. 8) zu beantworten, d. h. die Rückfallsverjährungsfrist ist auch i. S. dieser Gesetzesbestimmung von der Verbüßung der Freiheitsstrafe zu berechnen; RG. I 23. Sept. 86 E. 14 413.

4) Nach Analogie der §§ 67_4, 70_2 beginnt die Rückfallsverjährung mit dem letzten Tage der Verbüßung bzw. mit dem Tage des Erlasses; so: v. Schwarze N. 2, Olshausen Vorbestr. S. 118; aM.: Rubo N. 6, Rüd.-St. N. 3, die von Augenblick zu Augenblick rechnen.

Wenn Teilverbüßung und Erlaß miteinander zusammentreffen, namentl. in der Weise, daß zuerst ein Teil der Strafe verbüßt, dann eine Unterbrechung eingetreten und endlich der Erlaß des Restes der Strafe erfolgt ist, so ist die zehnjährige Frist von dem Tage des Erlasses zu berechnen; denn der Erlaß ist der Verbüßung gleichgestellt, folglich ist der Erlaß der Reststrafe gleich der Verbüßung der Reststrafe und wird demgemäß die nach der Teilverbüßung begonnene Verjährungsfrist durch den Akt des Erlasses naturgemäß unterbrochen; nach Analogie der §§ 68_3, 72_2 ist aber anzunehmen, daß nach der Unterbrechung eine neue, ebenfalls zehnjährige Verjährungsfrist beginne. So: Rüd.-St. N. 3, Olshausen aO. AM.: Merkel HH. 4 412, Oppenh.-D. N. 5, Rubo N. 4, v. Schwarze N. 2, die Rückfallsverjährung beginne mit der Beendigung der Teilvollstreckung.

War die „letzte" Vorstrafe eine wegen mehrerer konkurrierender Fälle, von denen nur einer zu den im § 244 bezeichneten gehörte, verhängte Gesamtstrafe, so beginnt die Verjährung dennoch erst mit der Verbüßung oder dem Erlaß der Gesamtstrafe, als solcher, deren einheitlicher Charakter eine Rücksichtnahme auf die für die einzelnen Delikte zu verhängenden Strafen ausschließt (N. 2_1); so die GM.

§. 246.

Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Gefängniß bis zu drei Jahren und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Gefängniß bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. §§ 225—227. Entw. I §§ 223, 224 Abs. 1, II § 241. StB. S. 677—680.

Vgl. MStGO. §§ 16³, 63¹ sowie G. btr. Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. Juli 1896 § 9 Abs. 1.

Einfache Unterschlagung. N. 1—21.

1) Das StGB. hat, im Anschluß an Entw. II „die in der Wissenschaft wie in der Rechtsanschauung des Volkes und in der Natur der Sache begründete Verwandtschaft der Verg. des Diebst. und der Unterschl. festgehalten und den Tatbestand der letzteren einfach als die rechtswidrige Aneignung der fremden beweglichen Sache, in deren Inhabung der Täter sich bereits befindet, bezeichnet"; so die Motive.

Es erhellt hieraus, daß die Unterschl. lediglich die vorsätzliche Verletzung der das Eigentumsrecht schützenden Norm ist; Berner S. 567, Binding Lb. 1 275 u. Normen 1 213, 2 540, Hälschner 2 353, v. Liszt S. 447. Vgl. N. 19.

2) „Sache" (vgl. § 242 N. 3 u. wg. des Begriffs der „Beweglichkeit" das. N. 4) ist auch hier im Gegensatz zu „Rechten", insbs. „Forderungsrechten", gedacht (vgl. § 266[2]); so, außer den Motiven, insbs. RG. II 11. Feb. 81, I 15. Nov. 80, 11. Juli 81, III 12. Feb. 91, E. 3 344, 35, 5 4, 21 364. Zutreffend hat man daher in der Praxis zwar einerseits, weil die btr. Urkunden mit den Forderungsrechten nicht gleichzustellen sind, als Gegenstand einer Unterschl. angesehen: ein Hypothekendokument, eine Prioritätsobligation; RG. II 11. Feb. 81, 21. März 82, E. 3 344, 6 117; unterzeichnete, aber unausgefüllte Wechselformulare; Berlin 19. Nov. 74 St. 4 372; andererseits aber die Möglichkeit einer Unterschl. am sog. literarischen Eigentum bzw. am Verlagsrecht zum erstmaligen Abdruck verneint; Dresden 1. Apr. 78 St. 8 208.

3) Wegen des Begriffs der „fremden" Sache ist § 242 N. 5—11 zu vergleichen. Auch an einer gemeinschaftlichen Sache ist Unterschl. seitens des Miteigentümers möglich (RG. III 10. Dez. 88 R. 10 715, IV 10. Juni 90 E. 20 436, I 18. Mai 03 G. 50 238), insbs. an einem im Miteigentum des Entdeckers u. des Eigentümers der Sache stehenden Schatze (BGB. § 984; s. u. N. 8 a β).

Die Frage, ob eine Sache eine „fremde" sei, ist auch bei der Unterschl. lediglich auf Grund des am Orte der Tat geltenden — also ev. ausländischen (vgl. das § 4 N. 13 zit. RG. E. 27 135) — Zivilrechts zu beantworten (§ 242 N. 5); es handelt sich um einen juristischen Begriff, der seine positive Ausbildung erhalten hat und im Strafrecht nicht aus dem Gesichtspunkte einer Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Verkehr umgebildet werden kann; der Begriff eines sog. strafrechtlichen Eigentums im Gegensatz zum zivilrechtlichen ist ein Unding. Das Gesagte gilt namentl. auch für diejenigen Fälle, in denen es um den Eigentumserwerb durch Stellvertreter, bzw. auf seiten des Bevollmächtigten, sich handelt. So: Berner S. 569, Binding Lb. 1 262 f. u. Normen 2 545 N. 783, Merkel HRl. „Unterschl." u. HH. 3 693, 4 412, Hälschner 2 346, 353, v. Liszt S. 446, H. Meyer S. 540, Schütze S. 441 N. 5, Frank N. II 3, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 3 bzw. § 242 N. 3, Rüd.-St. N. 10, Huber Unterschl. S. 104, Kapff Unterschl. S. 40. AM. v. Schwarze N. 7.

4) Diesem, heute in unbestrittener Geltung stehenden, Grundsatze entspricht auch die feststehende Praxis des RG., die stets den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff als entscheidend angesehen hat; vgl.: II 2. Apr., I 24. Mai, 15. Nov., II 28. Dez. 80, II 11. Feb., I 11. Juli, II 19. Nov. 81, 13., 24. Okt. 82, III 12. Feb., 21. Sept. 91, E. 1 343, 2 65, 3 35, 150, 344, 5 4, 165, 7 93, 123, 21 364, 22 354, I 30. Sept. 80, III 4, II 24. Jan. 82, R. 2 281, 4 14, 63.

5) Herrenlose Sachen können sowenig Gegenstand einer Unterschl. wie eines Diebst. sein (§ 242 N. 8). Dabei ist es gleichgültig, ob die Sache, trotzdem sie herrenlos war, dennoch bereits im Besitze des sie sich Aneignenden stand und von diesem für eine fremde gehalten wurde (München KassH. 23. Mai 73 E. 3 254, Binding Lb. 1 262 u. Normen 2 553 N. 798), oder ob dies nicht der Fall, wie z. B. nach dem maßgebenden Landesrecht (EGBGB. Art. 69) beim Auffinden abgeworfener Hirschstangen, die im Gebiete des PrALR. — wenigstens mangels entgegenstehender provinzieller Normen — in niemandes Eigentum stehen (Berlin 17. Juni, 19. Okt. 75, St. 5 84, 362).

6) Aus der Praxis des RG. sind folgende, bereits vor dem 1. Januar 1900 geltendes Reichsrecht btr. Entscheidungen über das Tatbestandsmerkmal der „fremden" Sache hervorzuheben:

a. die Geldsumme, die jemand im Zwangsvollstreckungsverfahren nach ZPO. § 887 (aF. § 773) von seinem Prozeßgegner als „Vorausbezahlung der Kosten" zum Zwecke der Vornahme einer dem letzteren durch Urteil auferlegten Hdlg. erlangt hat, ist für ihn keine fremde Sache; I 17. Okt. 83 E. 9 276;

b. ein Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft (über das Vorhandensein einer solchen vgl. II 18. Feb. 90 G. 38 50 sowie jetzt HGB. §§ 105 ff.), dsgl. der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft können, ohne daß die Artt. 95, 100, 102, 114 HGB. (vgl. jetzt HGB. §§ 161 ff.) entgegenstehen, an Geldern der Gesellschaft, und zwar zum vollen Wertbetrage dieser Gelder, Unterschl. begehen, obschon sie an sich zu Verfügungen über die Gelder nach dem Gesellschaftsvertrage berechtigt waren; III 5. Juli 82, 4. Okt. 88, E. 7 18, 18 123; auch nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft kann einer der früheren Gesellschafter an Sachen, die von ihm zum Eigentum in die Gesellschaft eingebracht worden waren, Unterschl. begehen, wenn er vor der endgültigen Auseinandersetzung über diese Sachen zu seinem alleinigen Nutzen verfügt; II 8. Feb. 95 E. 27 11; Wertpapiere, die ein Kommissionär auf eigenen Namen bei einem Dritten für den Kommittenten angekauft hat, sind für jenen „fremde" Sachen, wenn sie nach Zahlung des Ankaufspreises seitens des letzteren mit seiner Zustimmung bei dem Dritten liegen bleiben, weil zur Übertragung des Eigentums der tatsächliche Besitz auf seiten des Übertragenden nicht erforderlich ist, vielmehr die Besitzübertragung auch durch constitutum possessorium erfolgen kann; I 17. Dez. 85 E. 13 178; das Verhältnis eines „Agenten" (eine in sehr verschiedenem S. gebrauchte Bezeichnung; vgl. jedoch jetzt HGB. §§ 84 ff.) kann je nach Lage des Falles auch als Verkaufskommission angesehen werden, weshalb ein solcher alsdann einer Unterschl. sich nicht schuldig macht, wenn er die mit dem Auftrage des Verkaufs erhaltenen Waren für sich verwendet; II 15. Juni 88 G. 36 317; eine an den demnächstigen Abheber der Summe erfolgte Girozahlung, d. h. durch Umschreibung bei der Bank erfolgte Barzahlung, begründet in keiner Weise Eigentum irgendeiner dritten Person an dem im Besitze der Bank befindlichen baren Gelde; III 12. Feb. 91 E. 21 364;

c. wer zur Sicherung von Darlehnen Wechsel auf die Darlehnsempfänger gezogen hat, ist durch die Übergabe der auf ihn als Gläubiger lautenden und von den Bezogenen akzeptierten Wechsel nach WO. Art. 36 als deren Eigentümer legitimiert und begeht durch Verfügung über sie, auch nach Tilgung der Darlehnsschulden, keine Unterschl.; II 2. Apr. 80 E. 1 343; wie beim Inhaberpapier, so ist auch beim Orderpapier und folgeweise auch beim Wechsel das obligatorische und das sachliche Element zu trennen; die auf der formalen Natur des Wechsels und Indossaments ruhenden, nach außen eintretenden Rechte und Wirkungen sind für die Frage der Unterschl. nicht maßgebend, da es hierfür vielmehr darauf ankommt, wem gemäß den das konkrete materielle Rechtsgeschäft nach Zivilr. be-

herrschenden Grundsätzen das Eigentum an dem Wechsel als individueller körperlicher Sache, als Urkunde, zusteht; nicht die formale Legitimation des Wechselinhabers, sondern die Abrede zwischen dem Geber und Nehmer des Wechsels ist für den Eigentumsübergang entscheidend; I 15. Nov. 80, 11. Juli 81, II 13. Okt. 82, E. **3** 35, **5** 4, **7** 93; die zur Deckung domizilierter Wechsel von dem Wechselschuldner seitens des Domizilierten empfangenen Gelder sind für diesen „fremde"; die auf Grund eines Blankogiros zufolge Auftrages, die Wechselsumme für den Giranten zu erheben, empfangene Gelder werden eigene Gelder des Erhebenden, selbst wenn er beim Empfange das Eigentum seinem Auftraggeber erwerben wollte; IV 26. Sept. 84 R. **6** 570.

7) Auf Grund des BGB. sind folgende Entscheidungen btr. das Merkmal der „fremden Sache" ergangen und zwar btr.:

§§ 119, 121, 142, 143_1 i. V. mit 929 (nicht 935): Unterschl. einer infolge Irrt. über deren Wert in Zahlung gegebenen Banknote, bzw. eines 20 Mstücks statt eines herauszugebenden 10 Mstücks — seitens des btr. Empfängers nach erfolgter Anfechtung der Eigentumsübertragung; **RG.** III 14. Okt. 01 G. **48** 435, München OberstesLG. 21. Dez. 03 E. **4** 175;

§ 164 i. V. mit § 929: btr. die Voraussetzungen, unter denen ein Kellner durch Aneignung der von den Gästen des Wirtes eingehobenen Gelder einer Unterschl. sich schuldig macht; **RG.** III 10. Dez. 00 E. **34** 39 (in Übereinstimmung mit Binding Lb. **1** 279 N. 2 für verfehlt zu erachten, weil es einer Bekanntmachung des zwischen Wirt u. Kellner bestehenden inneren Verhältnisses an die Gäste nicht bedurfte, diese vielmehr schlechthin das Eigentum an den Berechtigten übertragen wollten); ihm jedoch sich anschließend I 18. Mai 03 G. **50** 288, im übrigen aber mit Recht Unterschl. bejahend, weil die Kellnerin lediglich als unselbständige Mittelsperson die Zahlungen für die Wirtin in Empfang genommen hatte; Unterschl. einer Sache seitens des zu deren Empfangnahme Beauftragten, dem sie sie als Stellvertreter seines Auftraggebers zwecks unmittelbarer Eigentumsübertragung übergeben worden; **RMG.** I 8. Apr. 04 E. **7** 64;

§ 929 (s. auch oben): bei bedingter Eigentumsübertragung eines zum Wechseln übergebenen Geldstücks ist die rechtl. Möglichkeit der Unterschl. an der fremden Geldmünze gegeben; **RG.** III 25. Nov. 01 G. **48** 445; durch die Einzahlung von Geld auf Grund einer Postanweisung wird der Postfiskus Eigentümer des eingezahlten Geldes; bei Auszahlung des Geldes durch die Post ist als deren Wille, auf wen das Eigentum übertragen werden soll, der der Einzahlung erkennbar zugrunde liegende Wille des Absenders anzusehen; **RMG.** I 9. Jan. 02 E. **2** 130 (im Anschluß an die Praxis des **RG.** auf Grund des früher geltenden Zivilrechts i. V. mit PostG. §§ 6, 49, 50 u. der PostO.; vgl. insbs. IV 10. Juni 90, II 21. Dez. 94, E. **20** 436, **26** 389, I 10. Okt. 98 G. **46** 426; zu Unrecht bekämpft von Alsberg ADR. 1903 S. 795 mit dem nicht durchgreifenden Grunde, daß die Post das dingliche Geschäft mit dem Empfänger im eigenen Namen abschließe);

§ 948: durch die Vermischung fremden Geldes mit eigenem kann nur dann Unterschl. begangen werden, wenn der Vermischende bereits bei Vornahme der Vermischung das Bewußtsein hatte, durch sie in einer den Zueignungsbegriff erfüllenden Weise verletzend in die Eigentumsrechte einzugreifen, zugleich in der Absicht, durch die Vermischung die fr. Gelder sich rechtswidrig zuzueignen; zit. **RMG.** E. **2** 130 (letztere Absicht erscheint bei der Vermischung genügend); an dem durch Vermischung, insbs. eigener u. fremder Gelder, entstandenen Miteigentum ist Unterschl. möglich; das N. 3 zit. **RG.** G. **50** 288.

8a) Der Gesetzgeber hat bei der Aufstellung des Tatbestandes der Unterschl. (N. 1) sich nicht damit begnügt, das beim Diebst. vorausgesetzte positive Moment, daß ein anderer als der Täter die Sache im Gewahrsam gehabt habe (§ 242 N. 18), etwa durch die Formulierung „Wer eine fremde bewegliche Sache, die ein anderer nicht in Besitz oder Gewahrsam hat, zc." einfach zu verneinen, sondern er hat positiv das Erfordernis aufgestellt, daß der Täter selbst „die Sache in Besitz oder Gewahrsam habe". Gewiß liegt in dieser Fassung des Tatbestandes der Unterschl. eine Verkennung ihres begrifflichen Unterschiedes vom Diebst.; Binding Lb. **1** 275 u. Normen **2** 542, Hälschner **2** 348, Merkel HH. **4**

412, H. Meyer S. 539 N. 3, Kapff Unterschl. S. 60. Da aber ein freilich unrichtiger Gedanke im § 246 an sich zum klaren Ausdruck gekommen ist, so ist man nicht berechtigt, mit Berner S. 568 und Binding anzunehmen, daß es um ein positives Erfordernis überhaupt nicht, sondern nur um ein negatives sich handele; die Unterschl. setzt demnach voraus, daß die Aneignung erst erfolge, nachdem der Täter den Gewahrsam erlangt hatte; so, außer den Motiven: RG. III 3. Dez. 88 E. 19 38 (unter Berufung auf die N. 9 zitt. E. 10 257, N. 7 407 sowie auf das N. 16 zit. E. 17 59), II 29. [nicht 25.] Jan. 92 E. 22 306, III 25. Nov. 97, IV 15. Feb. 98 (mit der richtigen Folgerung, daß beim Zweifel, ob Diebst. o. U. vorliege, die ersteres annehmenden Stimmen denen, die U. für vorliegend erachteten, nicht zugezählt werden dürften), G. 46 34, 131, RMG. I 20. Jan. 02, 7. März 03, E. 2 171, 5 103, ferner: Frank N. II 4, Oppenh.-D. N. 30, auch Hälschner aO. (s. jedoch u. α) u. mit gewissen praktischen Einschränkungen Lucas S. 330; aM. außer Binding, dem Kujawa G. 51 14 im wesentlichen sich anschließt, v. Liszt S. 446. Mit Bezug hierauf sind namentl. hervorzuheben:

α. Fund; gerade hier zeigt sich die praktische Tragweite davon, daß Besitz (Gewahrsam) seitens des Täters zum positiven Tatbestandsmerkmal der Unterschl. erhoben ist; die Motive bemerken, daß „selbst in dem Falle, daß die Ansichnahme der verlorenen Sache seitens des Finders sofort in der Absicht erfolge, sie sich rechtswidrig zuzueignen", dennoch eine Unterschl. nicht vorliege; es ist dies, auch von der Frage, „ob die Besitzergreifung selbst an sich eine widerrechtliche sei", abgesehen, jedenfalls deshalb richtig, weil nach der Fassung des § 246 „die Absicht der Aneignung erst durch eine (der Erlangung des Gewahrsams) nachfolgende Tatsache sich manifestieren muß und erst mit dieser letzteren der Tatbestand der Unterschl. erfüllt ist"; so auch die überwiegende M., insbs. München 16. Feb. 77 St. 7 138; noch weitergehend Oppenh.-D. N. 37, nach dem der §. auf den Finder nur Anwendung finden soll, wenn er die Absicht der Zueignung erst hinterdrein gefaßt u. ausgeführt hat, während es lediglich auf ein an den Tag Legen einer Aneignungshdlg. nach Ansichnahme der Fundsache ankommt; aM. außer Binding: Geyer 2 52, Hälschner 2 361, v. Liszt S. 446 N. 1, H. Meyer S. 544, Rotering GS. 36 575;

β. Entdecken eines Schatzes (BGB. § 984); demgemäß begeht, wer einen Schatz, der in einer fremden Sache verborgen war, gleich bei der Entdeckung in der Absicht, ihn für sich zu behalten, an sich nimmt, keine U.; so das zit. RG. G. 46 34 (btr. PrALR.);

γ. Inbesitznahme befugtermaßen erlegten Wildes seitens eines zur Aneignung nicht Berechtigten (BGB. § 958 Abs. 2 i. V. EGBGB. Art. 69); wenn dieser von vornherein das Wild in Eigenbesitz nimmt, so begeht er keine U.

b) Die juristische Natur des „Besitzes oder Gewahrsams" ist für den Begriff der Unterschl. unerheblich; so wenig wie früher landesrechtl. Vorschriften zivilrechtl. Natur entscheidend waren (RG. II 30. Nov. 96 E. 29 209; nicht korrekt: E. 6 116, 16 241), so wenig kommt jetzt etwa der Besitzbegriff des BGB. in Betracht; es gilt vielmehr das Entsprechende wie beim Diebst. (§ 242 N. 15 f.); RG. II 5. Juli 01, I 6. Juni 04, E. 34 374, 37 198. Deshalb ist trotz der Fassung des Gesetzes „Besitz oder Gewahrsam" bei diesen Ausdrücken an ein wesentlich verschiedenes Verhältnis zur Sache nicht zu denken (zit. RG. E. 37 198), weshalb auch die Zulässigkeit einer alternativen Feststellung (§ 47 N. 29) unbedenklich ist; Wertheimer Mischgesetze S. 53. Wer in diesem Sinne den Gewahrsam habe, ob der Täter den ausschließlichen oder ein anderer wenigstens den Mitgewahrsam, oder ob der Gewahrsam des Täters überhaupt zu verneinen, ist von Bedeutung für die Frage, ob der Tatbestand der Unterschlagung vorliege oder der des Diebstahls (§ 242 N. 19) oder vielleicht der der Untreue (§ 266).

In der Praxis des RG. wurde auf Grund der Annahme, daß der Täter die btr. Sache in seinem ausschließlichen Gewahrsam gehabt habe, bejaht, daß Unterschl. vorliege:

α. seitens eines Kassierers und Vorstandsmitgliedes einer Gewerbekasse an einem an deren Order ausgestellten eigenen Wechsel, weil jenem nach den konkreten Verhältnissen über die ihm von den Ausstellern übergebenen Wechsel faktisch Verfügungsgewalt zuge-

standen habe, wobei es unerheblich sei, daß der Gewahrsam für die von dem Kassierer vertretene Gesellschaft ausgeübt worden; I 11. Juli 81 E. 5 4;

β. seitens des Verwahrers eines verschlossenen Behältnisses (Koffers, Kastens ꝛc.) an den darin enthaltenen Sachen, indem das Bestehen eines Gewahrsams bzw. Mitgewahrsams der im Besitze des Schlüssels befindlichen Eigentümer an dem Inhalte des Behältnisses für ausgeschlossen zu erachten sei; III 29. Okt., II 13. Dez. 81, R. 3 642, E. 5 222 (vgl. jedoch § 242 N. 19c), sowie auf letzteres Bezug nehmend I 10. Feb. 02 E. 35 115 btr. Amtsunterschlgg. (§ 350) seitens des Packmeisters einer Eisenbahn an dem aus Bierfässern entnommenen Biere;

γ. seitens eines Knechtes an den von seinem Herrn gekauften Kohlen während deren Anfuhr von dem Lagerplatze, wo die Empfangnahme durch den Knecht stattgefunden hatte; II 7. Dez. 81 E. 5 218;

δ. seitens des Eigentümers eines Grundstückes hinsichtl. der noch auf dem Halme stehenden Frucht, die nach ZPO. §§ 810, 816 f., 827 gepfändet, versteigert sowie dem Käufer zugeschlagen u. übergeben worden war; I 13. Apr. 92 E. 23 71;

ε. seitens eines die Verwendung von Baumaterialien beaufsichtigenden Vorarbeiters; zit. II E. 29 209;

ζ. seitens einer im Abhängigkeitsverhältnis stehenden Person an den ihr vom Dienst- o. Geschäftsherrn behändigten Sachen, falls dieser nicht des Gewahrsams sich entschlagen wollte; III 21. Juni 92 G. 45 281.

9) Wie die juristische Natur des Gewahrsams gleichgültig ist (N. 8b), so kommt es auch nicht auf die Art und Weise an, wie er erlangt ist (so die GM., insbs. Berlin 1. Nov. 72 St. 2 123), sofern dies nur nicht mittels Wegnahme aus fremdem Gewahrsam in der Absicht rechtswidriger Zueignung geschah; denn alsdann würde in der Verfügung über die Sache eine neue, als Unterschl. anzusehende, strafb. Hdlg. nicht zu finden sein; so: RG. II 26. Apr. 87 E. 15 426, Merkel S. 318; die GM., insbs. RMG. I 20. Juli 03 E. 5 257, geht insofern weiter, als sie annimmt, es dürfe durch die widerrechtliche Besitzerlangung bzw. sogar Wegnahme nicht überhaupt bereits der Tatbestand einer strafb. Hdlg. erfüllt sein. Unter jener negativen Voraussetzung steht aber selbst die Wegnahme aus fremdem Gewahrsam der Annahme einer Unterschl. nicht entgegen; ebensowenig aber die selbst in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgende Wegnahme einer Sache aus einer in niemandes Gewahrsam befindlichen Erbschaft; so: RG. III 17. März 84, 18. Juni 85, E. 10 257, R. 7 407, Geyer 2 52; aM. Oppenh.-D. N. 30.

10) Die Hdlg. selbst besteht darin, daß der Täter die btr. Sache „sich" (vgl. § 242 N. 26₂ sowie das u. N. 21 zit. RG. G. 48 367) „rechtswidrig zueignet"; es gehört also die Zueignung zur Vollendung, anders als beim Diebst. (§ 242 N. 24), wo schon die in der „Absicht rechtswidriger Zueignung" vollzogene Wegnahme der Sache die Tat vollendet.

Im übrigen sind wegen des Begriffes „rechtswidriger Zueignung" § 242 N. 28 f. zu vergleichen, da der Begriff der „Zueignung" bei der Unterschl. der gleiche wie beim Diebst. ist; es kann deshalb keine Rede davon sein, daß bei der Unterschl. der Inhaber der fremden Sache rechtswidrig zu deren wirklichen Eigentümer sich mache. So die GM., insbs. RG. II 13. Juli 81 E. 4 404.

11) Eine „Zueignung" (§ 242 N. 28—30) ist nicht möglich, ohne daß der Wille des Täters, die bereits in seinem Besitze befindliche Sache sich zuzueignen, äußerlich erkennbar durch Betätigung der Verfügungsgewalt an den Tag gelegt wurde; so die GM., insbs.: RG. II 13. Juli, 7. Dez. 81, E. 4 404, 5 218, IV 22. Juni 86 R. 8 481, RMG. II 14. März 03 E. 4 254. Die Erkennbarkeit eines solchen Aneignungsaktes wurde in einem Falle bejaht, wo jemand, der Gelder für fremde Rechnung einzuziehen hatte, die Abführung der Gelder an den Auftraggeber zwar tatsächlich bewirkte, dabei jedoch vorsätzlich statt der Zahlung Leistenden, andere Personen, insbs. frühere Zahlungsleister, fälschlich als solche bezeichnete; RG. II 20. Okt. 91 E. 22 175. Ein bloßes Schenkungsversprechen bezüglich einer beweglichen Sache kann zur Herstellung des Tatbestandsmerkmals ausreichen; RG. III 26. Nov. 03 G. 51 54.

Die „Zueignung" ist eine Verbotsverletzung (§ 1 N. 3a); deshalb kann die Unterschl., worüber auch die GM. nicht in Zweifel, durch eine reine Unterlassung nicht begangen werden; dagegen greifen die allgem. Grundsätze über Begehung von Kommissivdelikten durch Unterlassungen (T. I Abschn. 3 N. 3) auch hier Platz (N. 17); vgl. das zit. RG. E. 4 404 (das übrigens in der Unterlssg. der Rücksendung zur Ansicht entnommener Uhren, trotz vorangegangener Rückforderung, allein eine Unterschl. nicht finden wollte, weil ein den Zueignungswillen an den Tag legender Umstand nicht dargetan sei, — was bedenklich erscheint, weil hier eine Unterlssg. nach vorher begründeter Verpflichtung zum Handeln in Frage stand; ähnlich jedoch das zit. RMG. E. 4 254) sowie ferner: RG. IV 22. Juni 86 R. 8 481 (in dem Vorenthalten einer Sache könne Zueignung gefunden werden, vorausgesetzt, daß Umstände vorlägen, die ersehen ließen, daß die Nichterfüllung der Verpflichtung zur Rückgabe oder schuldigen Ablieferung auf dem Willen des Inhabers, das fremde Eigentum tatsächlich nicht mehr anzuerkennen, beruhe) III 17. Juni 89 G. 37 284 (Zueignung durch Nichtablieferung von Geld während eines einjährigen Zeitraumes trotz bestehender Verpflichtung dazu und trotz Kenntnis davon, daß das Geld seitens des Gläubigers vom Schuldner, der es dem Angekl. zur Ablieferung übergeben hatte, eingeklagt werde).

12) Das an den Tag Legen des auf Zueignung der Sache gerichteten Willens (N. 11) braucht nicht in einer äußerlichen Maßnahme mit der Sache selbst, einer unmittelbaren körperlichen Einwirkung auf diese zu bestehen, vielmehr genügen auch andere Hdlgen, sofern nur sie den Zueignungswillen erkennen lassen; so die GM., insbs. RG. II 6. Mai 81 R. 3 286. Unter dieser Voraussetzung genügen namentl. auch mündliche Äußerungen, so z. B.:

a. die Einwilligung in die Wegnahme durch einen Dritten; RG. II 7. Dez. 81, 7. Feb. 82, E. 5 218, R. 4 129;

b. das Ableugnen des Besitzes bzw. die unwahre, einer Behörde o. dem Berechtigten gegenüber gemachte Angabe, daß die Sache veräußert sei; RG. II 22. Nov. 81 E. 5 252, RMG. I 10. Apr. 02 E. 2 275, Dresden 8. Jan. 72, München 16. Feb. 77, Berlin 17. Juli 78, 12. Jan. 72, 17. Dez. 74, St. 1 290, 7 138, 8 211, O. 13 35, 15 876, Hälschner 2 351, Merkel S. 318, H. Meyer S. 547, Rotering GS. 36 566 (vgl. N. 24_2), ferner die Verweigerung der Herausgabe der Sache an den Berechtigten bzw. die Erklärung, sie für sich behalten zu wollen; RG. III 28. Apr. 87 R. 6 291;

c. das Angebot zum Kaufe; so: Berlin 16. Juni 74, 4. Apr. 78, St. 4 177, O. 19 194, H. Meyer S. 547; aM.: Hälschner 2 351, Merkel HH. 3 745, Frank N. IV, Rotering aO. S. 571, dem bloßen Angebote komme eine solche Wirkung niemals zu.

Sowenig aber beim Diebst. (diesseitiger Ansicht zuf.) aus jeder Hdlg, die an sich nur der Eigentümer mit seiner Sache vorzunehmen berechtigt ist, auf die Absicht der Zueignung geschlossen werden darf (§ 242 N. 29), ebensowenig enthält bei der Unterschl. eine solche Hdlg. unbedingt eine „Zueignung"; die Anmaßung einer einzelnen Wirkung des Eigentums genügt auch hier nicht; so: Merkel HH. 3 698, Kapff aO. S. 80; aM. Rüd.-St. N. 6. Dies gilt insbs. betreffs der Frage, ob ein Sparkassenbuch durch dessen Benutzung behufs Abhebung eines Teilbetrages der Einlage angeeignet werde; vgl. die § 242 N. 29_2 zitt., den § 246 btr., Entsch. sowie RG. III 3. Mai 00 G. 47 294 (btr. U. durch Verpfändung eines Sparkassenbuchs auf den Namen des Eigentümers selbst).

Wg. praktisch wichtigster Einzelfälle s. u. N. 13—17; vgl. aber auch § 242 N. 30c wg. Zueignung durch Zerstörung.

13) Der bloße „Gebrauch" ist an sich keine Zueignung, ein nur darauf gehender Wille deshalb kein auf Zueignung gerichteter (RG. II 17. März 96 G. 44 45); dies gilt selbst dann, wenn er mit einer Wertsverminderung verknüpft ist (vgl. § 242 N. 30a), wohl aber kann ein Gebrauch, namentl. wenn er längere Zeit hindurch fortgesetzt ist, ein hinreichendes Anzeichen für die Zueignung sein; so im wesentlichen die GM., insbs. Berlin 9. Okt. 72 G. 20 555.

14) Dagegen ist der „Verbrauch“ eine der häufigsten Zueignungsarten, namentl. bei vertretbaren Sachen i. S. des BGB. § 91, wobei der Verbrauch an Geld durch Verausgabung in erster Linie in Betracht kommt; daß ein solcher Verbrauch, auch bei der Absicht rechtzeitiger Wiedererstattung der Gelder, juristisch nicht als ein bloßer „Gebrauch“, als eine „einstweilige Benutzung“ angesehen werden kann, erhellt von selbst.

Für die Frage, ob durch den Verbrauch vertretbarer Sachen eine Unterschl. begangen worden sei, kommt es im Einzelfalle darauf an, ob sie in der Gattung zurückerstattet werden durften, oder ob sie als Sondersachen zurückgegeben werden mußten; trifft letzteres zu, so sind sie an sich ebenso geeignete Objekte der Unterschl. wie jede andere Sache (wegen der Dolusfrage s. N. 20 I a); so die GM.

Häufig ist das Verhältnis dadurch verwickelter, daß auf die Rückgabe der Sondersache nicht unbedingt, sondern nur insofern dem Empfänger jeder Zeit Sachen derselben Art und in gleichem Betrage zur Hand sind, also nur bedingungsweise verzichtet wird; ROHG. 4. Apr. 76 Entsch. **20** 65, Merkel HH. **4** 413, H. Meyer S. 543, Oppenh.-D. N. 7, Kapff Unterschl. S. 44. Vgl. dagegen RG. II 7. Okt. 81 E. **5** 52, nach dem es „im Leben vielleicht die Regel bilden soll“, daß „es dem Mandanten völlig gleichgültig sei, in welchen Münzen, denselben oder anderen, die Rückerstattung erfolge, wenn es dazu kommen sollte, daß er aber nichtsdestoweniger das Eigentum an den hingegebenen Beträgen nicht aufgeben, sondern behalten wolle“.

Sollen vertretbare Sachen ausnahmsweise als Sondersachen in Betracht kommen, so kann das entweder auf Grund ausdrücklicher Bestimmung oder zufolge Bestimmung durch schlüssige Hdlgen geschehen. In letzterer Weise wird die Wiedererstattung in der Gattung häufig dann ausgeschlossen sein, wenn das Geld ꝛc. eingesiegelt worden ist; RG. I 23. Dez. 80 E. **3** 134 (btr. Unterschl. einer Geldrolle mit 44 Doppelkronen, die irrtümlich statt einer Rolle mit 50 Markstücken gegeben war), Merkel HH. **3** 704, Schütze S. 444 N. 12. Ist aber schon dieses Zeichen nicht untrüglich, so gestaltet die Beweisfrage in anderen Fällen, in denen es an einer solchen augenfälligen Hdlg. fehlt und die Gesamtheit aller Umstände erwogen werden muß, sich noch schwieriger.

Über Fälle aus der Praxis des RG., in denen Unterschl. angenommen wurde, weil der verbrauchten Sache die Eigenschaft der Vertretbarkeit (i. S. des früheren Rechts gesprochen) unbedingt o. wenigstens für den Fall des nicht jederzeit zu bewirkenden Ersatzes entzogen war, vgl.: I 26. Jan. 80, 12. Juni 84, R. **1** 272, **6** 419, III 5. Mai 80 E. **2** 48.

15) Die nach Maßgabe des BGB. § 1205 durch die auf Pfandbestellung gerichtete Willenseinigung und die Übergabe der Sache an den Gläubiger sich vollziehende „Verpfändung“ kann, wie die Motive mit Recht hervorheben, je nach der Willensrichtung des Verpfänders, als Unterschl. oder nur als unerlaubter Gebrauch einer fremden Sache sich darstellen (vgl. § 242 N. 30 b); hat der Verpfänder bei der Verpfändung die Absicht der Wiedereinlösung und die Überzeugung, dazu rechtzeitig imstande zu sein, so erscheint die Absicht, über die Sache als Eigentümer zu verfügen (N. 12 vorl. Abs.), ausgeschlossen, während umgekehrt, wenn in der Verpfändung eine bewußt bleibende, nach Lage der Verhältnisse unabänderliche Entäußerung tatsächlich zu finden ist, Aneignung mittels der Verpfändung vorliegt. So: RG. III 24. Apr. (2 Entsch.), 27. Okt. 80, 12. Nov. 94, I 11. Juli 81, 29. Nov. 00, E. **2** 21, R. **1** 659, **2** 402, E. **26** 230, **5** 4, G. **47** 449, Binding Lb. **1** 269 u. Normen **2** 545 N. 784, Geyer **2** 51, Hälschner **2** 352, H. Meyer S. 546, Schütze S. 443, Frank N. III 3, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 15 u. GS. **23** 446, Huber Unterschl. S. 56, Kapff Unterschl. S. 90, Rotering GS. **36** 563. AM. einerseits: v. Wächter S. 428, Oppenh.-D. N. 34, die stets, andererseits Bachem Diebst. S. 31, der niemals Unterschl. annimmt; das RG., namentl. das zit. R. **2** 402, neigt übrigens dahin, den Zueignungswillen schon dann als dargetan zu erachten, wenn trotz beabsichtigter Wiedereinlösung die Fähigkeit dazu fehlte; die gegründete Aussicht der Wiedereinlösung neben der Absicht verlangen auch v. Liszt 432 u. Merkel S. 318, HRl. „Unterschl.“ u. HH. **3** 699, der jedoch bemerkt, daß trotz einer auf Zueignung gehenden Willensrichtung manchmal nur der Versuch einer U. vorliege;

gegen die Neigung, ein bloßes Beweismoment als praesumtio doli zu verwerten, aber mit Recht Binding, Geyer u. Hälschner aO. sowie das zit. RG. E. **26** 230.

In der Verpfändung einer fremden Sache kann auch dann eine Unterschl. gesehen werden, wenn sie für eine Schuld des Eigentümers gestattet war, auftragswidrig dagegen für eine eigene Schuld erfolgte; Berlin 17. Apr. 72 O. **13** 256. Auch steht der Umstand, daß die Verpfändung auf den Namen des Eigentümers erfolgt, an sich der Annahme einer Unterschl. nicht entgegen; das N. 12 vorl. Abs. zit. RG. G. **47** 294.

Auf die zivilrechtl. Gültigkeit der Verpfändung kommt es nicht an, da nur entscheidend ist, ob in dem Verhalten des Täters der Zueignungswille erkennbar hervortritt.

16) Wie in dem Angebot zum Kaufe (N. 12c), so kann unter Umständen auch in dem „Hinbringen der Sache zum Tröbler" eine Zueignung gefunden werden; Berlin 6. Sept. 75 O. **16** 554.

Der „Verkauf" einer Sache, d. h. der Abschluß des Kaufvertrages und nicht erst die Übergabe auf Grund desselben, stellt in der Regel als Zueignungsakt sich dar; RG. III 12. Juni 84, IV 13. Jan. 88, E. **11** 17, **17** 59 (vgl. auch II 21. März 82 E. **6** 117). Dem „Verkaufe" steht die Diskontierung eines Wechsels in dieser Beziehung gleich; vgl. III 17. Jan., I 20. Mai 80, R. **1** 244, 808.

Keineswegs aber ist der Verkauf einer fremden im Besitze des Verkaufenden befindlichen Sache ohne Wissen und Willen des Eigentümers stets eine Zueignung derselben; so steht der „Verkauf unter Vorbehalt des Rück-(Wieder)kaufs" im ganzen einer Verpfändung der Sache (N. 15) gleich, ist also je nach Umständen als Zueignungsakt anzusehen oder nicht; zit. RG. E. **11** 17 (das auch den Fall einer dem Käufer gemachten Auflage erwähnt, falls dadurch der Wille des Verkäufers zum Ausdruck gebracht wird, nur unbeschadet der Rechte des Eigentümers über die Sache zu verfügen), Hälschner **2** 353, H. Meyer S. 545, v. Schwarze N. 12a, Kapff Unterschl. S. 91, Rotering GS. **36** 565.

17a) In dem bloßen Verschweigen eines Fundes, als einer reinen Unterlassung (N. 11_2), kann eine Unterschl. der Fundsache nicht gesehen werden; so die GM., insbs. München 16. Feb. 77 St. 7 138. Dagegen kann nach den allg. Grundsätzen über Begehung von Kommissivdelikten durch Unterlassung (T. I Abschn. 3 N. 3) auch in dem Verschweigen eines Fundes bzw. in der Nichtanzeige eines solchen eine Zueignung gefunden werden, wenn die konkreten Umstände, insbs. in Verbindung mit einem gesetzlichen Gebote der Anzeige o. Ablieferung von Fundsachen (BGB. §§ 965 Abs. 2 S. 1, 978), den Schluß rechtfertigen, daß in dem Schweigen bzw. in der Unterlassung der Anzeige (Ablieferung) selbst die Zueignungsabsicht zutage trete; so: H. Meyer S. 545 N. 40, Rotering GS. **36** 569; aM. Hälschner **2** 350 u. Frank N. III 5, beide selbst für den Fall einer gesetzl. Anzeigepflicht. Wg. Unterschl. einer Fundsache im Werte von nicht mehr als 3 M., bezüglich deren es einer Anzeige nicht bedarf (BGB. §§ 965 Abs. 2 S. 2 u. 973_2) vgl. Dresden OLG. 13. Feb. 02 SächsA. **23** 402 (Abs. 1 des zit. § 965 finde auch auf den Finder einer solchen Sache Anwendung).

b) Ob in der Verheimlichung einer in Gewahrsam befindlichen fremden Sache, insbs. einer Fundsache (BGB. § 973_2), eine Zueignung zu finden, hängt von den Umständen ab; keinesfalls liegt in ihr ohne weiteres eine solche; RMG. I 4. Nov. 01 E. **2** 47.

18) Die Zueignung muß objektiv „rechtswidrig" sein (§ 242 N. 32a); ein Recht auf Zueignung der Sache, insbs. auf Verbrauch vertretbarer Sachen, schließt den Tatbestand der Unterschl. aus (RG. I 26. Jan. 80 R. **1** 273), der Mangel eines solchen Rechtes begründet schlechthin die Rechtswidrigkeit; RG. III 12. Feb. 91 E. **21** 364. Die Zustimmung des handlungsfähigen Eigentümers zur Aneignung beseitigt daher bei diesem Eigentumsdelikte (N. 1) die objektive Widerrechtlichkeit. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob sie dem Täter bekannt war; so: Binding Lb. **1** 272 u. Normen **2** 558, H. Meyer S. 547, Frank N. III aE., Ruhstrat JStrW. **1** 396 und hier — im Gegensatz vom Diebst. — auch Merkel HRl. „Unterschl." u. HH. **3** 702, weil bei der Unterschl. die Rechtswidrigkeit der Zueignung objektiv gegeben, beim Diebst. aber nur beabsichtigt sein müsse. Ebensowenig kommt darauf etwas an, ob die Zustimmung des Eigentümers gegen den Willen eines an der Sache Berechtigten erfolgte; Hälschner **2** 353.

Die objekt. Rechtswidrigkeit ist nicht ausgeschlossen, wenn der Täter die in seinem Besitze befindliche Sache sich zueignet statt einer anderen, auf deren Übertragung er ein Recht hatte; Merkel HH. 3 702; auch keineswegs ohne weiteres durch das Bestehen von Gegenforderungen, namentl. dann nicht, wenn die Aneignung vorbehaltlich der Gegenansprüche, also ohne Beziehung auf dieselben erfolgt; Dresden 12. Feb. 77, Berlin 19. Jan. 72, 29. Mai 74, St. 7 318, 1 186, O. 15 339 (s. jedoch N. 20 I b). Vgl. auch RG. IV 30. Apr. 89 E. 19 184 über den, auf Grund des GenossenschaftsG. v. 4. Juli 1868 entschiedenen Fall der Zueignung von Geldern der Umlagekasse einer in Liquidation befindlichen Genossenschaft seitens des Leiters des Umlageverfahrens.

19) Der **Dolus** besteht bei der Unterschl., als einem vorsätzlichen lediglich gegen das Eigentum gerichteten Delikte (N. 1), in dem bewußten Willen, widerrechtlich eine fremde Sache sich anzueignen; RG. II 11. Jan. 71, III 15. Dez. 82, IV 8. Feb. 95, E. 3 184, 7 349, 26 437, Binding Lb. 1 279 u. Normen 2 540, Huber Unterschl. S. 45; vgl. auch Ruhstrat ZStrW. 1 396. Der Umstand, daß die Sache eine „bewegliche" sein muß, gehört nicht zu den Delikts-, sondern nur zu den Strafbarkeitsmerkmalen (vgl. § 242 N. 33_2); so Binding Lb. aO.; aM. H. Meyer S. 546 N. 51. Ebensowenig gehört aber das Erfordernis des „Besitzes oder Gewahrsams des Täters" zu den Deliktsmerkmalen; der Vorsatz bei der Unterschl. wird weder durch die irrtümliche Annahme fremden Besitzes (z. B. an einer tatsächlich verlorenen Sache), noch durch die Nichtkenntnis des eigenen Besitzes verändert; so: Binding Lb. aO. u. Normen aO. S. 543, Rotering GS. 36 575; aM. H. Meyer aO.

Ein erst nachträglich begründeter schlechter Glaube genügt bei der Unterschl. sowenig wie beim Diebst. (§ 242 N. 26); RG. II 7. Okt. 81 E. 5 52, Berlin 14. Juni 79 O. 20 298.

Die Meinung des Täters, eine nicht kriminell, sondern nur disziplinarisch strafb. Hdlg. zu begehen, schließt den Dolus nicht aus, da das Bewußtsein der Strafbarkeit nicht zum Dolus gehört (§ 59 N. 33); die zitt. RG. E. 3 184, 7 349.

Bestreitet der Angeklagte den Dolus, sei es im allgemeinen, oder in einzelnen Richtungen, so bedarf es im nichtschwurgerichtl. Verfahren einer entsprechenden Feststellung; RG. III 21. Jan., 20. Okt. 80, E. 1 290, 3 10.

20) Aus den Ausführungen in N. 19 ergibt sich **folgeweise**

I. der **Ausschluß des Dolus**:

a. bei, wenn auch irrtümlicherweise, angenommenem **Einverständnis** bzw. erwarteter **Genehmigung des Eigentümers** (§ 242 N. 34); eine solche Annahme wird regelmäßig nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn der Täter zur Zeit der Aneignumg (des Verbrauchs der Gelder) der Überzeugung ist, daß er nach seiner Vermögenslage jederzeit in der Lage sei, aus eigenen Mitteln die bestimmungsmäßige Verwendung eintreten zu lassen oder Ersatz in gleichwertigen Stücken zu leisten (über den Begriff der „Ersatzbereitschaft" vgl. RG. III 12. Feb. 91 E. 21 364), also namentl. dann, wenn die Ersatzleistung mit der Zueignungshdlg., wie z. B. beim Umwechseln von Geld, zusammenfällt; so die GM., insbs. außer den Motiven: RG. III 22. Juni, II 7. Okt., III 10. Dez. 81, II 28. März 82, E. 4 328, 5 52, 304, 6 125, III 20. Nov. 82, I 12. Juni 84, R. 4 831, 6 419, RMG. I 20. Jan. 02 E. 2 171; dabei kann die Fähigkeit zur sofortigen Erstattung unter Umständen angenommen werden, obschon der Erstattungspflichtige **selbst** im Besitze ausreichender Geldmittel nicht ist; RG. I 17. März 98 G. 46 52;

b. bei irrtümlicher, insbs. rechtsirrtümlicher **Annahme eines Rechtes auf Zueignung**; RG. III 21. Jan., 5. Mai 80, 22. Juni, 10. Dez. 81, E. 1 290, 2 48, 4 328, 5 304, das zu a zit. R. 4 831, Binding Lb. 1 273 u. Normen 2 546, Hälschner 2 357, Merkel HRl. aO. u. HH. 3 702; diese Annahme kann namentl. vorliegen, wenn **Geldforderungen**, sei es in Wirklichkeit, sei es nach der Überzeugung des Betreffenden, bestehen (Berlin 19. Jan. 72, 29. Mai 74, St. 1 186, O. 15 339, v. Schwarze N. 18) und die Absicht, mit diesen aufzurechnen (BGB. §§ 387 f.), bereits z. Z. der Verfügung über das fremde Geld erkennbar obwaltete; RG. IV 10. Juni 90 E. 20 436;

II. der Nichtausschluß des Dolus durch die Absicht der Ersatzleistung, die Fähigkeit dazu, insbs. das Bereithalten der Ersatzmittel, bzw. durch die sofortige o. demnächstige wirkliche Ersatzleistung (es sei denn, daß das zu I a Bemerkte zutrifft); so die GM., insbs. RG. I 20. Mai 80 R. 1 808, III 20. Okt. 80, 22. Juni, 10. Dez. 81, 15. Dez. 82, II 25. Juni 86, E. 3 10, 4 328, 5 304, 7 349, 14 242.

21) Ebensowenig wie beim Diebst. (§ 242 N. 35) gehört bei der Unterschl. eine gewinnsüchtige o. Bereicherungsabsicht zum Dolus; so, außer den Motiven, die GM., insbs. RG. I 11. Juli 81, 12. Jan. 91, E. 5 4, 21 270, IV 22. Juni 86 R. 8 481; deshalb konnte Unterschl. angenommen werden, auch wenn die Zueignung der Sache nur geschah, um sie einem anderen als Geschenk zu überlassen (RG. II 7. Dez. 81 E. 5 218), desgl. in Fällen, wo der persönlich haftende Gesellschafter einer AKommanditGes. den Erlös für ihm zum Verkauf anvertraute Papiere in die Gesellschaftskasse fließen ließ (RG. II 5. Juli 01 E. 34 374), bzw. wo ein Vorstandsmitglied einer E. G. behufs Ablieferung an eine Bank übergebene Geldbeträge lediglich für Vereinszwecke verwendete (RG. III 30. Sept. 01 G. 48 367). Ebensowenig gehört die Absicht der Vermögensbeschädigung zum Dolus; so: zit. RG. E. 21 270, Binding Lb. 1 274; aM.: Hälschner 2 355 ff., v. Holtzendorff HRgutachten S. 116.

Qualifizierte Unterschlagung. N. 22, 23.

22) War „die Sache dem Täter anvertraut", so liegt ein straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 vor; dieses so qualifizierte Verg. wird in den Motiven, im Anschluß an den früheren Sprachgebrauch, „Veruntreuung" genannt (vgl. jedoch das technisch sog. Vergehen der „Untreue" im § 266).

Läßt sich nicht feststellen, daß die Sache anvertraut war, so fällt die Hdlg. unter die mildere Strafandrohung für die einfache Unterschl.

23) „Anvertrauen" (§ 174 N. 16c) bezeichnet nicht einen bestimmt abgegrenzten Rechtsbegriff zivilrechtl. Natur (RG. III 25. Nov. 01 G. 48 445), sondern sprachlich nicht mehr, als daß einem anderen eine tatsächliche Verfügungsgewalt unter dem Vertrauen eingeräumt wird, er werde seine Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen; RG. II 12. Juli 81 E. 4 386. Danach muß eine unterschlagene Sache als anvertraut gelten, wenn der Besitz o. Gewahrsam kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung, sie zurückzugeben oder einem Dritten abzuliefern, erlangt oder wenigstens fortgesetzt ist; so im wesentlichen die GM., insbs. RG. III 26. Okt. 81 R. 3 642, IV 23. Sept. 84 E. 11 85 (btr. § 348_2), sowie das zit. E. 4 386. Derartige Fälle des Anvertrauens sind in der Praxis des RG. namentl. angenommen: bei Vorliegen eines Leihvertrages; II 21. März 82 E. 6 117; bei Übernahme des Mündelvermögens seitens des Vormundes; I 22. Nov. 83 E. 9 337; bei Übergabe von Geld zum Wechseln auf Grund eines gegen die guten Sitten verstoßenden Abkommens; zit. G. 48 445.

Eine körperliche Übergabe von Person zu Person braucht nicht notwendig stattgefunden zu haben; die Einräumung der Verfügungsgewalt kann vielmehr auch mittelbar geschehen; vgl. das zit. RG. E. 4 386, Kaufgelder, die ein zur Veräußerung von Sachen Bevollmächtigter auf Grund seiner Vollmacht erhoben, seien ihm zwar nicht, wie die Sachen selbst, unmittelbar, wohl aber mittelbar anvertraut gewesen.

Versuch; Teilnahme; Mehrheit, Verhältnis zu anderen §§; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 24—28.

24) Der Versuch (§ 43) ist im Abs. 3 für strafbar erklärt; auch ist die Möglichkeit eines Versuchs zuzugeben, da die Zueignungshdlg. begonnen sein kann, ohne zur Vollendung gebracht zu werden; so: Hälschner 2 362, H. Meyer S. 548, Frank N. IV, Rüd.-St. N. 23, Huber Unterschl. S. 64, Kapff Unterschl. S. 93, Rotering GS. 36 532; aM.: Cohn Versuch 1 457, Baumgarten Versuch S. 418.

Die Vollendung des Delikts tritt mit derjenigen Hdlg. ein, wodurch die Zueignung selbst vollzogen wird; v. Liszt S. 447, Merkel S. 319 u. HH. 3 708, H. Meyer S. 547, Oppenh.-D. N. 51. Dies gilt auch dann, wenn der Zeitpunkt der bestimmungsmäßigen Verwendung bzw. Rückgabe noch nicht eingetreten war; Berlin OAG. 12. Okt. 72 St. 2 113, Rüd.-St. N. 22. Da die Zueignung nach Lage des Falles auch im Ableugnen des Besitzes

gefunden werden kann (N. 12b), so erscheint es nicht richtig, in der vom Erfolge nicht begleiteten Ableugnung unter allen Umständen nur einen Versuch zu sehen; aM.: Merkel HH. 3 708, Kapff aO. (weil der Täter die Ausführung seiner Absicht in der Erreichung eines bestimmten Erfolges suche), auch Frank N. III 5, der vollendete Zueignung nur annimmt, wenn die Ableugnung tatsächlich die Vorenthaltung der Sache zur Folge hatte.

Was die Abgrenzung des Versuchs gegen die straflose Vorbereitung anbetrifft, so kann die Bemühung, den Besitz der Sache zu erlangen, bzw. die Erlangung des Besitzes niemals als Versuch aufgefaßt werden, da die äußere Hdlg. bei der Unterschl. lediglich in der Zueignung unter der Voraussetzung des Besitzes besteht, in jenen Hdlgen aber ein Anfang der Zueignung selbst nicht liegt; so: Hälschner 2 362, v. Liszt aO., Merkel S. 319 u. HH. 3 708, Oppenh.-O. N. 60, Rüd.-St. N. 23, Huber, Kapff aO.; aM. Schütze S. 445 N. 14.

25) Wegen Teilnahme (T. I Abschn. 3) vgl. Dresden 14. Nov. 73 St. 3 347, woselbst richtig (N. 11_2) ausgeführt wird, daß der Mitinhaber einer gefundenen Sache nicht schon dadurch, daß er deren Unterschlagung durch den anderen Mitinhaber nicht widerspreche, zum Mittäter oder Gehilfen werde.

a) Mittäterschaft (§ 47; das. N. 20) ist nur unter der Voraussetzung rechtlich denkbar, daß die den Angriffsgegenstand bildende Sache im gemeinsamen Besitze o. Gewahrsam mehrerer (N. 8a) sich befindet; RG. II 4. Jan. 89, 15. Okt. 97, G. 37 48, 45 431, RMG. I 20. Juli 03 E. 5 257.

b) Beihilfe (§ 49) kann begangen werden durch wissentl. Mitwirkung bei dem Kaufabschlusse; RG. IV 13. Jan. 88 E. 17 59. Aber auch wer als Käufer, Pfandnehmer, Geschenknehmer &c. eine Sache an sich nimmt, an welcher der darüber Verfügende eben durch diese Verfügung selbst eine Unterschl. begeht, ist Gehilfe an der Unterschl.; so die GM., insbs. RG. II 28. Mai 80, 7. Dez. 81, E. 2 69, 5 218; aM. einerseits Hälschner 2 362, der stets Mittäterschaft (§ 47), andererseits Binding Lb. 1 389 N. 3 u. Schütze S. 452 N. 15, die stets Partiererei (§ 259 N. 6) annehmen. Wurde aber die Zueignung nicht erst durch den Akt der Übergabe, sondern schon vorher, — namentl. durch das Angebot zum Kauf o. den Kaufabschluß (N. 12c, 16_3) — bewirkt, was der tatsächlichen Beurteilung unterliegt, so ist umgekehrt der Annehmende Hehler (§ 259), möglicherweise in Idealkonk. mit Beih. zur Unterschl.; zit. RG. E. 17 59, Berlin 9. Okt., 12. Jan., 27. Nov. 72, 4. Apr. 78, G. 20 555, O. 13 35, 622, 19 194. AM. Frank N. III 1, der stets Beih. annimmt, während H. Meyer S. 548 N. 59 die Möglichkeit bloßer Beih. leugnet. Entsprechendes gilt bei einer Hingabe zur Aufbewahrung, in welchem Falle freilich, wenn der Annehmende die Sache nicht „seines Vorteils wegen" in Verwahrung nahm, nicht Hehlerei, sondern einfache Begünstgg. (§ 257) neben der Teilnahme an der Unterschl. in Frage kommt.

c) Eigentümlich liegen die Fälle, wenn: α. die U. erst durch die Übergabe vollendet wurde, der Annehmende aber ihre Vollendung in einem früheren Zeitpunkte als bewirkt erachtete, sonach nicht beabsichtigte, durch Annahme der Sache die Zueignung seitens des Hingebenden mit zu bewirken, β. umgekehrt die U. bereits vollendet war, der Annehmende aber glaubte, sie werde erst durch den zweiseitigen Akt der Übergabe vollendet. Teilnahme an einer U. liegt dort (α) wegen mangelnden Dolus, hier (β) wegen mangelnden objektiven Tatbestandes nicht vor; so zu α RG. III 29. Nov. 79 E. 1 110 (vgl. § 259 N. 23_3).

26 a) Über die Frage, ob bei Richtung der Hdlg. auf ein u. dasselbe Objekt nur eine Unterschl. oder eine Mehrheit von Unterschl. (§ 74) denkbar sei, vgl. RG. II 23. Feb. 97 E. 29 415.

b) Mit dem Verg. aus § 133, soweit es durch Beiseiteschaffen begangen wird, kann Unterschl. in Idealkonk. (§ 73) treten; vgl. § 242 N. 37a; so: Berlin 9. Feb. 77 St. 7 50, John HH. 3 185, Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrs. S. 93; aM.: Binding Lb. 2 605, Merkel HRgutachten S. 80, die Unterschl. konsumiere den Tatbestand des § 133.

Wegen des Verhältnisses der Unterschlagung:

zum Diebstahl vgl. N. 1, 19 in Verbindung mit § 242 N. 22, 26, 33; zur Begünstigung (§ 257) u. Partiererei (§ 259) oben N. 25b; zum Betruge § 263 N. 56e II, zur Untreue § 266

N. 16a β, zur Urkfälschg. (§§ 267, 268) § 263 N. 47, 56 e II α, zur Urkvernichtung § 274 N. 14 I c, zum B. gg. § 290 das. N. 6, gg. § 291 das. N. 2 f., zum Jagdverg. § 292 N. 1₃, zur Sachbeschdgg. § 303 N. 12 b, zur Amtsunterschl. §§ 350 N. 2, 6 a, 351 N. 1, zum Mundraub § 370[5] N. a.

27) Die ordentliche Hauptstrafe der vollendeten Unterschl. ist Gefängnis von 1 T. an (§ 16) und zwar der einfachen bis zu 3 J., der qualifizierten bis zu 5 J. Für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 b ff.) ist wahlweise Geldstrafe von 3—900 M. (jedoch nicht etwa an erster Stelle; Rubo N. 10) angedroht (§ 27). Wegen der Nebenstrafe vgl. § 248.

Der, im Abs. 3 für strafbar erklärte, Versuch (N. 24) wird nach §§ 44 (insbs. N. 4), 45 bestraft.

Wegen Strafantrages und Strafausschließung vgl. § 247.

28) Nach § 67₂ verjährt die Strafverfolgung sowohl der einfachen wie der qualifizierten Unterschl. in fünf Jahren.

Zuständig ist, wenn der Wert des Unterschlagenen einhundertfünfzig Mark nicht übersteigt, SchöffenG., sonst, insbs. in allen Fällen, wo dieser Wert nicht festgestellt werden kann (namentl. im Falle des Versuchs; § 44 N. 12), Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. § 27[4] (F. v. 5. Juni 05), §§ 73[1], 75[6].

§. 247.

Wer einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, oder wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werthe stiehlt oder unterschlägt, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den andern begangen worden ist, bleibt straflos.

Diese Bestimmungen finden auf Theilnehmer oder Begünstiger, welche nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung.

PrStGB. §§ 228, 229. Entw. I §§ 222, 226, II § 242. StB. S. 680. Entw. d. StGN. Art. I § 247. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 150. StB. 1875/76 S. 815—823.
Vgl. § 289 Abs. 5 sowie zu Abs. 2 und 3: G. btr. Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 § 9 Abs. 3.

Zu Absatz 1. N. 1—12.

1) Diebstahl und Unterschlagung sind relative Antragsdelikte (§ 61 N. 8), d. h. ihre Verfolgung ist nicht unbedingt, sondern nur bei gewissen persönlichen Beziehungen des Täters zum Verletzten von einem Strafantrage abhängig; im Falle des MStGB. § 127 ist ein Antrag niemals erforderlich, ebensowenig nach § 50 das. im Falle eines sog. Kameradendiebst. aus § 138 das.

Das relative Antragserfordernis bezieht sich übrigens auf die verschiedenen Arten des Diebst., den einfachen (§ 242), den schweren (§ 243), auch wenn sie im wiederholten Rückfall verübt sind (§§ 244, 245), sowie auf die einfache und die qualifizierte Unterschl. (§ 246); Binding Lb. 1 306, Hälschner 2 306, 309, Meves N. 1, Oppenh.-D. N. 1, 2, 13, Rubo § 244 N. 1, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 5, Reber Antragsdel. S. 267, Ressel Antragsber. S. 22.

Zweifellos hat Abs. 1 alle Deliktsformen im Auge; vgl. § 61 N. 9.

2) Der Absatz 1 unterscheidet zwei Hauptfälle: bei gewissen persönlichen Beziehungen des Täters zum Verletzten ist die Tat ohne Rücksicht auf den Wert des Objekts, bei anderen Beziehungen lediglich dann „nur auf Antrag zu verfolgen“, wenn „Sachen von unbedeutendem Wert“ gestohlen oder unterschlagen sind.

Man ist darüber einig (vgl. z. B. Berlin 9. Mai 79 (G. 27 538), daß die Frage, ob die gestohlene Sache „von unbedeutendem Werte" sei, nach der konkreten Sachlage zu beurteilen ist; Streit herrscht dagegen darüber, von welchen Gesichtspunkten der Richter (bzw. vorher die StAschaft) auszugehen habe; so halten das zit. Berlin sowie Meves N. 8 u. Rubo N. 12 die Vermögenslage des Beschädigten nicht für maßgebend, umgekehrt aber Binding Lb. 1 306, während Hälschner 2 309 u. Merkel HH. 4 415 die soziale Sphäre, der die Beteiligten angehören, bzw. die Vermögenslage des Verletzten und des Täters in Betracht gezogen wissen wollen; letzteres will auch Frank N. II 2, der jedoch den Richter für verpflichtet hält, stets den Maßstab anzulegen, der im Einzelfall zum mildesten Ergebnis führe. Da das Gesetz selbst keinerlei Anhaltspunkte bietet, so wird ein Rechtsirrtum als vorliegend nicht anzunehmen sein, wenn der Richter sein Urteil auf alle ihm nach der konkreten Sachlage erheblich erscheinenden Momente stützt; RG. II 27. Nov. 91 E. 22 243. Immer aber kommt der Wert der entwendeten Sache selbst in Betracht; deshalb erachtete RG. IV 13. Nov. 88 R. 10 649 zutreffend einen Rechtsirrtum in einem Falle für gegeben, wo nur deshalb eine „Sache von unbedeutendem Werte" für vorliegend erachtet war, weil sie lediglich einen kleinen Teil der ganzen Sache bildete.

Ist übrigens der Diebst. (die Unterschl.) von mehreren gemeinschaftlich ausgeführt, so kommt der Gesamtwert des Gestohlenen (Unterschlagenen) selbst dann in Betracht, wenn einer der Mittäter nicht in dem btr. persönlichen Verhältnisse zum Verletzten stehen sollte; der in solchem Verhältnisse Stehende ist als Mittäter (§ 47 N. 24) für die Tat in ihrem ganzen Umfange verantwortlich, folglich muß für die Frage, ob die Tat nur auf Antrag verfolgbar sei, auch der Gesamtwert des gestohlenen Gutes berücksichtigt werden; v. Schwarze N. 14 A. 2. Ebenso ist der Gesamtwert des Gestohlenen entscheidend, wenn der Diebst. mehrere Objekte betraf (zit. RG. R. 10 649), insbs. auch wenn es dabei um einen fortgesetzten Diebst. (§ 73 N. 6) sich handelt; RG. III 19. März 96 G. 44 47.

3) Antragsberechtigter ist nach den allg. Grundsätzen der Verletzte; das ist aber der, gegen den der Diebst. oder die Unterschl. begangen ist; dessen Persönlichkeit bleibt somit zu bestimmen (§ 61 N. 10 ff.).

a) Ein Diebstahl verletzt sowohl das Eigentumsrecht als auch die Gewahrsamsordnung (§ 242 N. 22, 26, 33); deshalb sind, wenn der bestohlene Eigentümer nicht zugleich den Gewahrsam hatte, sowohl der Eigentümer als auch der Inhaber die Verletzten, gegen die der Diebst. sich richtet. So RG. III 29. Mai 80, II 1. Juli 81, I 20. März 84, E. 2 73, 4 346, 10 210, auch: III 11. Nov. 86 R. 8 703, I 23. Sept. 89 E. 19 378 (beide btr. § 370[5]), ferner: Berlin 30. Apr. 77 St. 7 138 (auf Grund eines Plenarbeschlusses; G. 25 177), Geyer 1 208, 2 50, Hälschner 2 306, H. Meyer S. 563, Frank N. I, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 8 u. § 242 N. 14, Klebs G. 19 572. AM. einerseits: Stuttgart 17. Sept. 73, München 27. Nov. 74, St. 3 250, 4 375, Binding Lb. 1 294, 306, Dochow HH. 4 26[?], Finger 1 193 N. 257, Merkel S. 322, HRL. „Diebst." S. 531 u. HH. 3 712, Meves § 370[5] N. 39, v. Schwarze N. 1 u. GS. 25 183, Reber Antragsdel. S. 389, Ressel Antragsber. S. 25, v. Bar G. 19 649, Ruhstrat, Herzog, GS. 24 144, 26 209, 214, die nur den Eigentümer, andererseits: v. Liszt S. 438, Schütze S. 466, Rubo N. 4, die nur den Gewahrsamsinhaber als Verletzten erachten; eine Mittelmeinung vertreten endlich: Dresden 12. Apr., 17. Juni 72, 20. Juni 73, 24. Apr. 74, St. 1 332, 2 113, 3 118, 4 376, Hälschner 2 307, Meves N. 10, die zwar den Eigentümer stets, den Inhaber dagegen nur, insofern ihm vermögensrechtl. Nachteile erwachsen, als Verletzten ansehen.

Nach Maßgabe der allg. Grundsätze ist übrigens die Ehefrau als Miteigentümerin selbst gegen den Willen ihres Ehemannes antragsberechtigt; RG. I 20. März 84 E. 10 210.

b) Eine Unterschlagung verletzt nur das Eigentumsrecht (§ 246 N. 1, 19), weshalb auch lediglich der Eigentümer der unterschlagenen Sache der Verletzte sein kann, nicht aber derjenige Nichteigentümer, der die Sache dem Täter anvertraut hatte. So: ROHG. 7. Feb. 73 Entsch. 9 149, Berlin 9. Feb. 72 O. 13 135, München 6. Mai 73, 8. Okt. 75, Stuttgart 19. Nov. 73, 1. Dez. 75, St. 2 326, 5 363, 3 210, 6 313, Merkel HH. 3 713,

v. Liszt S. 447, H. Meyer S. 549 N. 65, Frank N. 1, Herzog GS. 26 209, Reber aO. 390. AM. Schütze S. 446 N. 17, bei der sog. Veruntreuung sei der Anvertrauer der Verletzte.

4) Diebst. (Unterschl.) begangen „gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher", ohne Rücksicht auf den Wert des Gestohlenen o. Unterschlagenen (N. 2_1); RG. FS. 11. Aug. 80 A. 2 239.

a) Wegen „Angehörige" vgl. § 52_2 N. 16 ff.

b) Wegen „Vormünder" vgl. § 34 N. 7a.

c) Wegen Erzieher vgl. § 174 N. 14b, insbs. β, da § 247 den Begriff im selben Sinne verstanden wissen will; RG. IV 26. Nov. 01 E. 35 10.

5) Diebst. (Unterschl.) von Sachen unbedeutenden Wertes (N. 2) begangen gegen eine Person, a. zu welcher der Täter im Lehrlingsverhältnisse steht oder b. in deren häuslicher Gemeinschaft als Gesinde er sich befindet.

Die Fassung des Gesetzes zwingt zu der Annahme, daß der Diebst. gegen den Lehrherrn bzw. die Dienstherrschaft selbst verübt sein müsse, so daß namentl. die Verfolgung eines Diebst., der gegen eine andere zur selben „häuslichen Gemeinschaft" gehörige Person verübt ist, einen Antrag nicht erfordert; so: RG. IV 2. Feb. 86 R. 8 109 (der Diebst. dürfe nicht gegen Angehörige des Dienstherrn verübt sein), Berlin 25. Jan. 78 St. 8 213, Binding Lb. 1 306, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 4; aM.: Frank N. 11 2, v. Schwarze N. 13, Boitus GS. 30 317.

6) Unter „Lehrlingen" sind nicht nur die Gewerbelehrlinge, deren Verhältnisse die GewerbeO. regelt, zu verstehen, sondern namentl. auch die Handlungslehrlinge (HGB. §§ 76 ff.); das Gesetz spricht ganz allg. von einem Lehrlingsverhältnisse, ohne zu unterscheiden, nach welchen Bestimmungen es zu beurteilen ist; es fehlt auch zu einer Unterscheidung an einem inneren Grunde; so: RG. II 27. Nov. 91 E. 22 243, Merkel HH. 4 414, Meves N. 4, Rüd.-St. N. 6; aM.: Rubo N. 9, v. Schwarze N. 10. Deshalb fallen auch Ökonomie- u. Forstlehrlinge unter den Begriff.

Als „Lehrling" war, nach § 115_1 der ursprünglichen Fassung der GewerbeO., jeder zu betrachten, „welcher bei einem Lehrherrn zur Erlernung eines Gewerbes in Arbeit tritt, ohne Unterschied, ob die Erlernung gegen Lehrgeld oder unentgeltliche Hilfsleistung stattfindet oder ob für die Arbeit Lohn bezahlt wird". Wenn auch diese Begriffsbestimmung in die n. F. der GewerbeO. nicht übergegangen ist, so wird doch nach ihr, da sie sachlich begründet ist, sich bestimmen, wann ein „Lehrlingsverhältnis" i. S. der GewerbeO. §§ 126 ff. anzunehmen ist. Vgl. übrigens § 223 N. 10a sowie Dresden 17. Feb. 71 St. 1 24, btr. der Obliegenheiten eines Lehrherrn.

7) Unter „häuslicher Gemeinschaft" (vgl. „Hausgenossenschaft" im § 361^4) ist eine solche Gemeinschaft zu verstehen, wie sie unter zusammenwohnenden Angehörigen oder Familiengliedern zu bestehen pflegt (Merkel HH. 4 415, Rubo N. 11, v. Schwarze N. 12), die somit einen freien Zutritt zu den Gegenständen gewährt (Berner S. 558; sachlich übereinstimmend Frank N. 11 2). Demgemäß bedingt einerseits das Wohnen unter demselben Dache nicht notwendig eine „häusliche Gemeinschaft" (so richtig der Abg. Lasker; StB. 1875/76 S. 820), andererseits aber erscheint ein solches Wohnen auch nicht unbedingt erforderlich, vielmehr umfaßt der Begriff des „Hauses" hier alle die Räumlichkeiten, welche die Dienstherrschaft zu ihrem unmittelbaren Gebrauch hat, ohne Rücksicht darauf, ob sie in verschiedenen Gebäuden belegen sind (Meves N. 7).

Dem „Gesinde", wesentlich gleichbedeutend mit „Dienstboten", liegt — im Gegensatze zu den gewerblichen Arbeitern — ob, die von der Dienstherrschaft benötigten persönlichen u. häuslichen Dienste zu leisten, weshalb insbs. Gesellen nicht unter das Gesinde fallen; RG. I 19. Okt. 85 E. 13 14. Im übrigen wird im Einzelfalle auf Grund des maßgebenden Landesrechtes (vgl. EGBGB. Art. 95) zu entscheiden sein, ob ein Gesindeverhältnis vorliege; RG. IV 19. Okt. 97 G. 45 439. Ist das anzunehmen, so wird es auf seine Dauer nicht ankommen; deshalb erscheint es nicht richtig, wenn man in den Worten „sich befindet" o. auch schon „steht" eine Andeutung auf „ein dauerndes Verhältnis" erblickt; aM. v. Schwarze N. 9.

übrigens kommt als Dienstherr, auch falls die Ehefrau Gesinde für den Haushalt gemietet hat, der Ehemann in Betracht, weil die Frau nur als seine Vertreterin auf Grund der sog. Schlüsselgewalt i. S. des BGB. § 1357 gehandelt hat; Dresden OLG. 12. Dez. 01 SächsA. 23 110.

8) Völlig einflußlos ist es, wenn nicht der Verletzte selbst, sondern dessen gesetzlicher Vertreter, der ev. zur Antragstellung berechtigt sein würde, zum Täter in einem der oben N. 4, 5 bezeichneten Verhältnisse steht; ein Antragsdelikt liegt alsdann nicht vor; Reber Antragsdel. S. 259.

9) Die Verfolgbarkeit und bzw. Strafbarkeit der Hdlg. wird dadurch nicht aufgehoben, daß der Täter irrtümlich einen Strafantrag für erforderlich hielt, ein solcher aber tatsächlich nicht gestellt wurde. Dabei ist es gleichgültig, ob die Annahme auf einem Rechtsirrtume beruhte, z. B. auf der Annahme, daß die Unterschl. nicht gegen den Eigentümer der Sache, sondern gegen den hiervon verschiedenen Anvertrauer verübt sei (N. 3b, insbs. das dort zit. Stuttgart), oder ob ihr ein tatsächlicher Irrtum z. B. über den Wert des gestohlenen Gegenstandes zugrunde lag, denn auch alsdann waltet ein Irrtum über Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, keineswegs ob; so die GM., insbs. die § 59 N. 33_2 zitt. Urteile.

10) Sind an der Hdlg. mehrere beteiligt, von denen einzelne zu dem Verletzten in einem der im Abs. 1 bezeichneten Verhältnisse stehen, andere dagegen nicht, so findet die Verfolgung gegen diese letzteren unbedingt, gegen die ersteren aber nur dann statt, wenn wenigstens gegen einen von ihnen der Antrag auf Bestrafung gestellt ist; s. u. N. 14_2 u. § 63 N. 3_1.

11) Wenn umgekehrt die Hdlg. mehrere verletzt, von denen zwar einer zum Täter in einem der mehrfach bezeichneten Verhältnisse steht, ein anderer aber nicht, so hat die Verfolgung ohne Antrag einzutreten, da die Tat über den Kreis derjenigen hinausgreift, die in einem der im Abs. 1 bezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen. Dies gilt sogar dann, wenn unter den Verletzten selbst das engste persönliche Verhältnis besteht, wie z. B. unter zwei in GG. lebenden Ehegatten; Berlin 20. Jan. 75 St. 5 86.

Der eben hervorgehobene Fall kann beim Diebst. vorliegen, falls Eigentümer und Inhaber verschiedene Personen und folglich zwei Verletzte vorhanden sind; s. o. N. 3a und die das. zitt. RG. u. Berlin, ferner das N. 7_2 zit. Dresden SächsA. 23 110, btr. Diebst. an Sachen, die zwar im Eigentum der Frau, aber als für den Gebrauch im gemeinschaftl. Haushalt bestimmt, im Mitgewahrsam des Mannes standen; vgl. dagegen Merkel HH. 3 712 N. 1, der aus der von ihm gemißbilligten Ansicht, die beide als Verletzte ansieht, die falsche Folgerung zieht, daß nach ihr der Diebst. Antragsdelikt sein würde, wenn auch nur der Inhaber in einem der im Abs. 1 behandelten Verhältnisse stehe; ebenso: v. Liszt S. 438, Rathenau GS. 56 153 N. 1.

Der Fall kann aber ferner sowohl beim Diebst. (Berlin 27. März 74, 20. Jan. 75, O. 15 193, St. 5 86) als auch bei der Unterschl. eintreten, wenn die gestohlene oder unterschlagene Sache im Miteigentum steht; RG. II 1. Juli 81, FS. 30. Juli 94, E. 4 346, 26 43; vgl. auch § 61 N. 58b.

12) Die Zurücknahme des Antrags, auf die § 64 (das. N. 1a) Anwendung findet, ist statthaft.

Zu Absatz 2 u. 3. N. 13, 14.

13) „Ein Diebst. o. eine Unterschl." (N. 1_2), welche „von Verwandten aufsteigender Linie" „gegen" (N. 3) „Verwandte absteigender Linie" (§ 52 N. 18) oder „von einem Ehegatten gegen den anderen" (§ 52 N. 22, insbs. auch für den Fall der Aufhebung der ehel. Gemeinschaft gemäß BGB. § 1875; aM. Binding Lb. 1 306) begangen worden ist, „bleibt straflos". Dieses „bleibt" ist nicht in der inkorrekten Weise des § 46 (das. N. 4) gebraucht, sondern bezeichnet, wie im § 173_4, daß eine Strafbarkeit gar nicht eintreten soll; weniger glücklich, als wie in dieser Gesetzesstelle, ist jedoch nicht die Straflosigkeit des in dem bestimmten Verhältnisse stehenden Täters zum Ausdruck

gebracht, sondern der „Diebstahl“ oder die „Unterschlagung“ selbst als „straflos“ hingestellt, was ausweislich des Abs. 3 unrichtig ist.

Bildet hiernach Abs. 2 einen persönlichen (v. Liszt S. 192) „Strafausschließungsgrund“ und nicht einen „Strafaufhebungsgrund“ i. S. der StPO. § 295₂, so hat im schwurgerichtl. Verfahren seine Feststellung nicht durch eine Nebenfrage, sondern durch die Hauptfrage zu erfolgen; es entspricht dies allerdings der Sachlage deshalb nicht, weil es im Falle § 247₂ nicht um einen „Schuld“- sondern um einen wahren „Straf“-Ausschließungsgrund (vgl. RG. II 12. Apr. 81 E. **4** 83 sowie Finger **1** 337 mit dem Hinweis, daß der „Anstifter“ als solcher, nicht etwa als „Täter“ zu bestrafen sei) sich handelt, dessen Feststellung durch eine Antwort auf eine mit den Worten „Ist der Angeklagte schuldig?“ beginnende Frage (StPO. § 293) nicht korrekt ist.

Da hiernach ein wahrer Strafausschließungsgrund in Frage steht, der übrigens folgerichtig für den verfügenden Teil des Urteils ein „Schuldig, aber straflos“ erfordert, so gilt bezüglich der irrtümlichen Annahme eines solchen die Ausführung in N. 9 entsprechend; der Dolus bleibt durch einen solchen Irrtum völlig unberührt; so: Binding Lb. **1** 306 u. Normen **2** 475, Finger **1** 249 N. 333, Hälschner **2** 307, Rüd.-St. N. 9; aM.: Merkel HH. **3** 711, **4** 416, Oppenh.-D. N. 20, Rubo N. 16, v. Schwarze N. 18, v. Bar G. **19** 650, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 197.

Der Strafausschließungsgrund kommt übrigens, wie bei der im StGB. befolgten Redaktionsmethode nicht zweifelhaft sein kann, den Aszendenten bzw. Ehegatten nicht bloß als Tätern bzw. Mittätern, sondern auch als Anstiftern und bzw. Gehilfen zugute; so v. Kries ZStrW. **7** 521; aM. Schmidt Mittätersch. (Worms 1882) S. 40.

14) Der Abs. 3, nach dem die in Abs. 1, 2 gegebenen Bestimmungen auf „Teilnehmer“ (d. h. nach § 50: Mittäter, Anstifter, Gehilfen) oder „Begünstiger“ (§ 257 N. 53; nicht auch § 258, vgl. jedoch das. N. 6) „keine Anwendung finden“, sofern diese „nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen“, enthält betreffs der Bestimmung des Abs. 1 eine im Grunde selbstverständliche Vorschrift, weil das Erfordernis des Strafantrages, nach der Fassung des Abs. 1 auf ein rein persönliches Verhältnis begründet, ein relatives ist, worauf der im § 63 aufgestellte Grundsatz der Unteilbarkeit überhaupt keine Anwendung finden kann (vgl. § 63 N. 1₂); RG. I 19. Dez. 81 E. **5** 274, Binding Hb. **1** 638. Das PrStGB. § 229 hatte deshalb auch einer dem Abs. 3, soweit er auf Abs. 1 sich bezieht, entsprechenden Vorschrift sich enthalten.

Dagegen erfordert allerdings die Bestimmung des Abs. 2 ihrer Fassung nach (s. o. N. 13) die im Abs. 3 gegebene Vorschrift, der im PrStGB. die des § 228₂ entsprach; gegenüber der Fassung des § 247₂, nach der das Delikt selbst straflos erscheint (vgl. § 46 N. 2), stellt Abs. 3 klar, daß nur derjenige straflos sein solle, der, in dem vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehend, einen Diebst. o. eine Unterschl. begangen hat, setzt also umgekehrt die Verfolgbarkeit der von den persönlichen Beziehungen zum Verletzten nicht umfaßten Teilnehmer und Begünstiger auch dann, wenn kein Strafantrag gestellt ist, außer Zweifel; RG. IV 17. Jan. 88 E. **17** 246 (auf diese bei der Richtstellung des Antrages hervortretende Besonderheit beschränke sich aber die durch § 247 geschaffene Ungleichheit in der Verfolgbarkeit der an der Straftat Beteiligten; s. o. N. 10); so ferner: Hälschner **2** 308 N. 2, H. Meyer S. 549, v. Schwarze § 263 N. 34; vgl. auch Meves StrZ. **12** 514, Villnow Raub S. 72 sowie Binding Hb. **1** 638 u. Lb. **1** 306.

15) Prozessual ist die Notwendigkeit eines Hinweises gemäß StPO. § 264 hervorzuheben, falls der Eröffnungsbeschluß lediglich Diebst. aus § 242 (§§ 243 ff.) bzw. Unterschl. aus § 246 annimmt; RG. III 28. Apr. 02 E. **49** 266.

§. 248.

Neben der wegen Diebstahls oder Unterschlagung erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, und neben der wegen Diebstahls erkannten Zuchthausstrafe auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. §§ 216, 218, 219, 227. Entw. I §§ 216, 218, 219 Abs. 2, 223, II § 243.

1) Die Aberkennung der bER., die neben erkannter Zuchthausstrafe unbedingt zulässig ist (§ 32), ist neben einer wegen Diebst. oder Unterschl. erkannten Gefängnisstrafe von der allgemeinen Voraussetzung des § 32_1, daß die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreiche (§ 32 N. 5), abhängig.

Soweit die Gefängnisstrafe „wegen Annahme mild. Umst. an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wird", kann auf VbER. schon nach der allgemeinen Bestimmung des § 32_1 erkannt werden.

2) Hinsichtlich der ZulvPolAuff. „wegen der wegen Diebstahls erkannten Zuchthausstrafe" vgl. §§ 38 N. 3, 45 N. 5.

Zwanzigster Abschnitt.
Raub und Erpressung.

1) Im Abschn. 20 handeln die §§ 249—252 vom Raube, die §§ 253—255 von der Erpressung, während § 256 auf beide Deliktsarten Bezug hat.

Die Behandlung des Raubes und der Erpressung in demselben Abschn., die im PrSt GB. T. II Tit. 19 ihr Vorbild findet, beruht auf dem inneren Grunde, daß sowohl der Raub wie die Erpressung Verbr. wider das Vermögen sind, die durch einen Angriff gegen die persönl. Freiheit (nach den Motiven „durch einen unmittelbaren Zwang gegen die Willensfreiheit einer Person") begangen werden.

2) Es ist anzunehmen, daß Abschn. 20 i. S. des EG. § 2 die Materie des Raubes und der Erpressung haben regeln wollen; Binding Hb. I 321.

§. 249.

Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Raubes mit Zuchthaus bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. §§ 230 Abs. 1, 231. Entw. I § 227 Abs. 1, 3, II § 244.

Raub im allgemeinen. N. 1—11.

1) Die Bestimmungen über den Raub im weiteren S. sind derartig angeordnet, daß die §§ 249—251 den Raub im e. S. behandeln, § 252 dagegen ein raubähnliches Verbr. betrifft, während § 256 die PolAuff. neben der wegen Raubes erkannten Zuchthausstrafe für zuläßig erklärt.

Von den auf den Raub im engeren S. (wegen der Anzeigepflicht vgl. § 139 N. 1e) bezüglichen Vorschriften betreffen: § 249 den einfachen Raub, §§ 250, 251 Fälle des qualifizierten Raubes und zwar § 250 die schweren, § 251 aber die besonders schweren Fälle.

2) Der Raub i. e. S. ist begrifflich ein aus Angriffen wider die Person und wider das Eigentum sowie den Gewahrsam an einer beweglichen Sache zusammengesetztes Verbr. Sowenig aber der Raub einerseits als eine durch diebische Absicht ausgezeichnete Vergewaltigung der Person angesehen wird, sowenig andererseits als ein durch die Anwendung physischer oder psychischer Gewalt qualifizierter Diebst. (Abschn. 19 N. 2). Vielmehr ist der Raub nach dem RStGB. (nicht dogmatisch; vgl. Binding Lb. I 312 N. 1) ein eigentümliches Verbrechen (RG. FS. 12. Aug. 90 G. 38 347), das demgemäß weder allein durch die Gewaltanwendung ohne gleichzeitige Wegnahme der Sache, noch allein durch die Wegnahme der Sache ohne gleichzeitige Vergewaltigung der Person, mochte solche auch beabsichtigt sein, vollendet wird, sondern zu seiner Vollendung beides, die Beendigung der Gewalttat und die Wegnahme der Sache, voraussetzt; so die Motive.

3) Insoweit die eine Seite des Tatbestandes des Raubes mit den Worten „Wer . . . eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, sich

dieselbe rechtswidrig zuzueignen" bezeichnet wird, deckt sie sich vollständig mit dem Tatbestande des Diebst.; es sind deshalb die N. 2—12, 14—32 zum § 242 zu vergleichen. Im einzelnen ist jedoch noch zu bemerken:

a. hinsichtlich des Objektes des Raubes; aus der selbständigen Natur des letzteren (N. 2) folgt, daß auch diejenigen beweglichen Sachen, welche gemäß gesetzlichen Privilegiums nicht Gegenstand des eigentlichen Diebst. sind (§ 242 N. 13), dennoch Objekte eines Raubes sein können; so die GM.;

b. hinsichtlich der äußeren Handlung; die Wegnahme setzt volle Passivität des zu Beraubenden voraus, derartig, daß die Übergabe der Sache durch den bisherigen Inhaber ebenso den Begriff des Raubes wie den des Diebst. ausschließt; so die GM., insbs. RG. I 30. März 82 R. 4 288.

Aus der selbständigen Natur des Raubes folgt endlich noch, daß alle für den Diebst. besonders gegebenen Bestimmungen, die beim Raube nicht ausdrücklich wiederholt worden sind, bei letzterem nicht Anwendung finden, also namentl. nicht die Vorschrift des § 247, ebensowenig aber § 370⁵ (so in beiden Punkten Binding aO., btr. des ersteren: Hälschner 2 366, Oppenh.-D. N. 1, btr. des letzteren Frank N. 1).

4) Die andere Seite des Raubtatbestandes, der Angriff auf die persönl. Freiheit, wird durch die Worte „mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib o. Leben" bezeichnet, bezüglich deren eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) für zulässig zu erachten ist; Wertheimer Mischgesetze S. 53.

a) Wegen „Gewalt" im allg. ist § 113 N. 23a zu vergleichen; aus dem Begriffe der „Gewalt" ergibt sich, daß die mittels Einschließens, Berauschtmachens ꝛc. ausgeübte sog. mittelbare Gewalt gegen eine Person in Wahrheit gar keine Gewalthdlg. ist; solche Hdlgen können daher den Tatbestand des Raubes nicht erfüllen; so (wenn auch nicht auf Grund der diesseitigen Auffassung des Begriffs der „Gewalt"): Hälschner 2 367 u. GS. 35 16, Merkel HH. 3 717, Schütze S. 452, Wahlberg HRl. „Raub", Oppenh.-D. N. 9, Rüb.-St. N. 4, v. Schwarze N. 3, Villnow Raub S. 22; auch v. Wächter S. 431 N. 7, der den Kausalzusammenhang zwischen dem Einschließen und der davon ganz gesonderten Hdlg. des Wegnehmens vermißt (s. jedoch u. N. 5); aM.: Binding Lb. 1 313, Geyer 2 56, H. Meyer S. 568, Frank N. II 3, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 17, v. Lilienthal ZStrW. 7 376, auch Betäubung durch narkotische Mittel sei als „Gewalt" anzusehen, während Hälschner 2 369 u. GS. 35 17 zutreffend annimmt, daß Betäubung nur dann Raub begründe, wenn und soweit sie durch die Anwendung der im Gesetze genannten Mittel erfolge (N. 5_2).

Wegen des Unterschiedes der, jedenfalls die Gewalt an Sachen ausschließenden (so die GM.), „Gewalt gegen die Person" von der „Gewalt an der Person" vgl. § 117 N. 14.

b) Wegen „Drohungen" vgl. § 48 N. 11a, wegen solcher „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" §§ 52 N. 8f., 176 N. 7.

5) Was das Verhältnis der beiden im Raube enthaltenen Elemente zueinander betrifft, so muß die Wegnahme erfolgen mit Gewalt ꝛc. oder unter Anwendung von Drohungen ꝛc.; keineswegs wird erfordert, daß die Wegnahme durch Gewalt oder durch Drohungen geschehe; die physische oder psychische Gewalt ist sonach nicht die Ursache, sondern nur die Bedingung der Wegnahme; letztere selbst muß durch eine weitere Hdlg. des Täters bewirkt werden (vgl. N. 3b sowie § 234 N. 4); so Villnow G. 24 115 (vgl. auch Pfizer GS. 27 549 u. Merkel Lehrbuch S. 323, die Freiheitsverltzg. müsse der Wegnahme der Sache vorangegangen, zum Behufe derselben vorgenommen sein und sie ermöglicht haben); die GM. dagegen fordert Kausalzusammenhang, so früher auch Merkel HH. 3 719. Immerhin aber folgt hieraus für den Tatbestand des Raubes, daß durch jene Mittel ein geleisteter Widerstand gebrochen oder ein beabsichtigter verhindert worden sein muß (RG. III 5. Apr. 00 G. 47 284); das Wegreißen einer Sache aus der Hand eines anderen, der dessen sich nicht versieht, bzw. die Ansichnahme einer Sache unter Drohungen, während der Inhaber der Sache garnicht die Absicht hatte, sie dem Drohenden vorzuenthalten, ist nicht Raub; so, außer den Motiven: Geyer 2 55, Hälschner 2 368 u.

GS. **35** 16, Merkel HH. **3** 717, 719, Schütze S. 452, v. Wächter S. 431, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 2, 2a, Villnow Raub S. 23, jetzt auch Binding Lb. **1** 83 N. 3; aM.: Frank N. II 1, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 19 ff., auch H. Meyer S. 568 N. 10.

Wenn aber „Gewalt gegen eine Person" oder „Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" das Mittel sein müssen, wodurch die Wegnahme ermöglicht wird, so muß folgeweise der Vergewaltigte die Hdlg. des Täters auch als solche Gewalt bzw. als solche Drohung empfunden haben; so: Frank N. II 4, Villnow aO.; aM. v. Buri aO., der ohne Einschränkung annimmt, auch der Bewußtlose könne beraubt werden; s. jedoch N. 4a.

6) Ist die Vergewaltigung nur eine die Wegnahme ermöglichende Bedingung (N. 5), so ist nicht erforderlich, daß die Ausführung der Wegnahme gewaltsam geschehe bzw. daß die Drohungen während der Tätigkeit des Wegnehmens erfolgen (so jedoch Rubo N. 10, 11), vielmehr kann die Vergewaltigung dem Akte der Wegnahme selbst vorangegangen sein, vorausgesetzt nur, daß „Gewalt gegen eine Person" oder „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" die Mittel bleiben, wodurch die Wegnahme der Sache ermöglicht wird.

Ebensowenig erscheint die von v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 22 aufgestellte Ansicht, daß die Gewalt eine „unwiderstehliche" sein müsse, begründet.

7) Ist zwischen der Wegnahme der Sache und der Vergewaltigung der Person zwar nicht ein kausaler Zusammenhang in engsten S. (N. 5), dennoch aber ein solcher Zusammenhang notwendig, daß die Vergewaltigung als das die Wegnahme ermöglichende Mittel erscheint, so ergibt sich daraus bei der Natur des Raubes als eines vorsätzlichen Deliktes von selbst, daß die Vergewaltigung zum Zwecke der beabsichtigten Wegnahme erfolgt sein muß (vgl. § 243 N. 25, 35); so die GM.

8) Der Zusammenhang zwischen der Wegnahme der Sache und der Vergewaltigung der Person erfordert nicht Identität der vergewaltigten Person und des Inhabers der Sache; es genügt vielmehr zur Erfüllung des Tatbestandes die Gewaltanwendung o. Drohung gegen einen andern, wenn diese nur „geeignet ist und dazu begangen wird, um den geleisteten oder zu erwartenden Widerstand des Inhabers der Sache zu beseitigen"; so die Motive, denen die GM. mit dem richtigen Hervorheben sich anschließt, daß es um eine Innehabung i. e. S. (§ 242 N. 16) sich nicht zu handeln brauche. Unter der bezeichneten Voraussetzung genügt deshalb namentl. auch die Vergewaltigung des bloß faktischen Vertreters des Inhabers i. e. S. (ev. Besitzers, Eigentümers) bzw. eines jeden, der den Gewahrsam des Inhabers zu schützen unternimmt; so die GM.; aM. v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 23, der einen Verhinderungsversuch dessen, der nicht Inhaber ist, für nicht genügend, im übrigen freilich die Berechtigung zur Innehabung für gleichgültig erachtet. Dagegen kann die Gewaltanwendung gegen eine dritte Person, die im Schutze des Inhabers der Sache steht, zur Erfüllung des Tatbestandes des Raubes nicht genügen, also z. B. nicht die dem Kinde angetane Gewalt, um die Mutter zur Herausgabe zu zwingen; v. Liszt S. 443.

9) Der Dolus beim Raube, als einem zusammengesetzten Delikte (N. 2), ist dementsprechend gleichfalls ein zusammengesetzter.

Der Raub umfaßt begrifflich den Tatbestand des Diebst. (N. 3); der Dolus beim Raube enthält daher notwendig den Diebstahls-Dolus (vgl. deshalb § 242 N. 33 f. und insbs. das N. 34_4 zitierte RG. E. 2 184) und folglich einen doppelten Verletzungsvorsatz, da der Vorsatz beim Diebst. auf Verletzung sowohl des Eigentums als auch der Gewahrsamsordnung gerichtet ist. So wenig aber der Diebst. „Gewinnsucht" erfordert (§ 242 N. 35), ebensowenig der Raub, mag auch mit ihm meist die Absicht widerrechtlicher Bereicherung sich verbinden. Vgl. Binding Normen **2** 480, 485, 558 f.

Mit dem Doppelvorsatze des Diebst. verbindet sich beim Raube ein weiterer Vorsatz (RG. III 5. Apr. 00 G. **47** 284), den Binding aO. u. Lb. **1** 314 als „Nötigungsvorsatz" bezeichnet. Allein mit Unrecht; denn während der Nötigungsvorsatz in seiner positiven Richtung auf die Erzwingung einer Hdlg. oder Unterlassg. geht (§ 240 N. 13), ist der beim Raube, außer dem Diebstahlsvorsatze, erforderliche Vorsatz lediglich darauf gerichtet, daß der Vergewaltigte oder Bedrohte rein passiv sich verhalte (N. 3b); mit dem Nötigungs-

vorsatze hat daher dieser Vorsatz beim Raube nur die negative Richtung gemein, einen anderen durch Gewalt oder Drohungen hinsichtlich der Ausübung der Freiheit seiner Willensbetätigung widerrechtlich zu hindern.

10) Bezüglich des Verhältnisses des Raubes zu anderen strafb. Hdlgen kommt namentl. in Betracht das:

a. zum § 223; wenn auch das N. 4a₂ erwähnte Tatbestandsmoment der „Gewalt gegen eine Person" nicht notwendig erfordert, daß die Gewalthdlg. die Person selbst getroffen habe, somit auch nicht notwendig den Tatbestand der einf. Körperverltzg. verlangt, so ist doch nicht daran zu zweifeln, daß die gegen letztere gerichtete Strafandrohung durch diejenige gegen den Raub konsumiert werde (§ 73 N. 14a);

b. zum § 240; vgl. o. N. 9₃;

c. zu den §§ 242 ff.; nach den obigen Ausführungen, namentl. nach den N. 3, 5, 9₂, umfaßt der Tatbestand des Raubes denjenigen des einfachen Diebst. aus § 242 und schließt als das speziellere Delikt den letzteren aus (§ 73 N. 12); dagegen kann der „Tatbestand" des schweren Diebst. aus § 243, soweit er nicht durch die spezielleren Bestimmungen des § 250 ausgeschlossen wird, mit dem des Raubes in Idealkonk. treten; so konkurrieren z. B., wenn aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude dem Gottesdienst gewidmete Gegenstände geraubt werden, die §§ 243¹, 249; nach der Regel des § 73 ist dabei, falls weder Raub noch Diebst. im Rückfall begangen wurden, die Strafe des Raubes zu verhängen, während, falls Diebst., aber nicht Raub im Rückfalle vorlag, die Strafe aus § 244 zu verhängen ist: so Oppenh.-D. § 73 N. 6; anders die GM., insbs. RG. III 29. Apr. 82 E. 6 243, die hier nicht Ideal- sondern Gesetzeskonk. annimmt und in dem Verhältnisse des § 244 i. V. mit § 243 zum § 249 einen Gesetzeswiderspruch erblickt;

d. zur Erpressung; vgl. §§ 253 N. 13c, 255 N. 2, 3.

11) Durch die Annahme der selbständigen Natur des Raubes gegenüber dem Diebst. (N. 2) ist die Frage, ob prozessual die Gewalt (Drohung) einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöhenden Umst. bilde, keineswegs entschieden, vielmehr gegen das N. 2 zit. RG. G. 38 347 mit Oppenh.-D. N. 13 u. Löwe-H. StPO. §§ 262 N. 2d, 295 N. 1a zu bejahen (vgl. § 216 N. 1).

Zu § 249. Note 12—16.

12) § 249 enthält den in den N. 2—11 dargestellten Tatbestand des sog. einfachen Raubes im Gegensatz zu den in den §§ 250, 251 behandelten Fällen des schweren bzw. besonders schweren Raubes. Zu den ersteren (vgl. § 250⁵) gehört auch der einfache Raub im Rückfalle.

13) Die Frage nach dem Versuch des (einfachen) Raubes (§ 43) und nach den Hdlgen, in denen er sich kundgibt, kann — wie die Motive hervorheben — „nicht lediglich danach beantwortet werden, ob die btr. Hdlg. als der Versuch eines Diebst. anzusehen sei"; es folgt dies daraus, daß der Raub ein aus Diebst. und einer Beschränkung der persönlichen Freiheit zusammengesetztes Delikt ist (N. 2).

Das Gebiet des Versuchs reicht vom Beginne der für den Raub erforderlichen Gewalt bzw. Drohung oder vom Beginne des Wegnahmeaktes bis zur Vollendung der Wegnahme; H. Meyer S. 569, Schütze S. 452 N. 13, Oppenh.-D. N. 14, Rüd.-St. N. 9. Wurde mit der Gewalt oder Drohung zum Zwecke der Wegnahme einer beweglichen Sache behufs deren rechtswidriger Zueignung ein Anfang gemacht, so liegt darin ein Versuch des Raubes; Binding Lb. 1 313, Hälschner 2 371, Merkel HH. 3 723, v. Liszt S. 444, v. Wächter S. 431. Im schwurgerichtl. Verfahren muß aus der Fragestellg. erhellen, daß der Entschluß des Angekl. die Gewaltverübung gegen eine Person als Mittel der Wegnahme umfaßte; RG. III 5. Apr. 00 G. 47 284.

Die Vollendung des Raubes erfordert, außer der Verletzung der persönl. Freiheit eines anderen, auch die Vollendung der Wegnahme der Sache (vgl.: Binding aO., Villnow Raub S. 54), dagegen verlangt sie sowenig wie beim Diebst. (§ 242 N. 24, 39) die Vollendung der Zueignung; Merkel HH. 3 717, Rüd.-St. N. 9. Nicht zutreffend erscheint deshalb

v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 69, der Raub setze den wirklich erreichten Vermögensvorteil zu seiner Vollendung voraus.

14) Bezüglich der „Mittäterschaft" gelten lediglich die allg. Grundsätze; vgl. deshalb § 47 N. 3 f., 11. Es kann daher die Tat für alle Mittäter den Charakter des Raubes annehmen, wenn auch nur Einer von ihnen die zum Begriffe gehörige Vergewaltigung vornimmt; Hälschner 2 372, Merkel HH. 3 724, Rüb.-St. N. 8.

Auch hinsichtlich der „Beihilfe" gelten die allg. Grundsätze; nach diesen (vgl. § 49 N. 8) ist denkbar, daß lediglich der Gehilfe die Gewalt angewendet und der Täter selbst nur unter Benutzung dieser Gewaltanwendung die Wegnahme ausführt; so Oppenh.-D. N. 12; aM.: Merkel HH. 3 724 N. 3, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 40.

15a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchth. von 1—15 J. (§ 14_2). Die durch Abs. 2 für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) zugelassene Hauptstrafe ist Gefängnis von 6 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstrafen kann neben Zuchth. und neben Gef. nach § 32 BbER. erkannt werden; vgl. außerdem § 256.

b) Der Versuch (N. 4) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

16) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 250.

Auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn

1) der Räuber oder einer der Theilnehmer am Raube bei Begehung der That Waffen bei sich führt;

2) zu dem Raube Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben;

3) der Raub auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einer Eisenbahn, einem öffentlichen Platze, auf offener See oder einer Wasserstraße begangen wird;

4) der Raub zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude (§. 243 Nr. 7) begangen wird, in welches sich der Thäter zur Begehung eines Raubes oder Diebstahls eingeschlichen oder sich gewaltsam Eingang verschafft oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, oder

5) der Räuber bereits einmal als Räuber oder gleich einem Räuber im Inlande bestraft worden ist. Die im §. 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

PrStGB. §§ 232^{1-3}, 233^1. Entw. I § 228, II § 245. StB. S. 682—684, 1173.

1) § 250 behandelt den sog. schweren Raub, dessen Tatbestand nicht vollständig wiedergegeben, sondern zum Teil durch eine mittels der Ausdrücke „Räuber, Raub" geschehende Bezugnahme auf den Tatbestand des einfachen Raubes aus § 249 ersetzt ist, während im übrigen unter den Nr. 1—4 nur die straferhöhenden Umstände i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, unter Nr. 5 aber die Voraussetzungen des Rückfalles, die nicht zur Schuldfrage rechnen (StPO. § 262_3; vgl. § 244 N. 2), hervorgehoben werden. Dabei entsprechen die Nr. 1—4 im wesentlichen den Nr. 5, 6, 4, 7 des § 243, die Nr. 5 aber den §§ 244, 245.

Die einzelnen Nr. des § enthalten, im Gegensatz zu den Nr. des § 243 (das. N. 59a), durchweg selbständige, eine alternative Feststllg. ausschließende Tatbestände; Wertheimer Mischgesetze S. 53.

2) Lediglich zu verweisen ist: betreffs Nr. 1 auf § 243 N. 43—46, betreffs Nr. 2 auf § 243 N. 47—49.

3) Im Falle der Nr. 3 bildet der Ort der Tat den einzigen Straferhöhungsgrund, während in der entsprechenden Nr. 4 des § 243, abgesehen von der Hervorhebung noch anderer „Orte", außerdem noch im Diebstahlsobjekte und in der Ausführungsart straferhöhende Momente liegen (§ 243 N. 36). Zu vergleichen ist wegen der Begriffe:

a. „öffentlicher Weg, Straße, öffentlicher Platz": § 243 N. 37a;

b. „Eisenbahn": § 243 N. 37c; Eger, Preuß. Eisenbahnr. 2 183 rechnet hier auch den Eisenbahnhof dazu;

c. „Wasserstraße": § 243 N. 37b; die von Merkel HH. 3 720 N. 3, Oppenh.-D. N. 4 u. v. Schwarze N. 5 aufgestellte Ansicht, daß zur Erfüllung des Tatbestandes der Nr. 3, ähnlich wie bei der Eisenbahn, die Benutzung der Wasserstraße, als Weges, erforderlich sei, daß also die Beraubung eines in der Wasserstraße Badenden (Fischenden) nicht unter Nr. 3 falle, erscheint unbegründet; denn die einschränkende Auslegung des Wortes „Eisenbahn" beruht lediglich auf der Eigentümlichkeit dieses Instituts, während ein Grund dafür, weshalb auch der Ausdruck „Wasserstraße" eine ähnlich einschränkende Auslegung erfahren solle, nicht anzuführen ist; für die gegenteilige Auffassung spricht vielmehr, daß in der Regel jedermann freisteht, eine Wasserstraße in beliebiger Weise, und nicht etwa bloß als Fahrstraße, zu benutzen; Binding Lb. 1 315, v. Liszt S. 444, Rüd.-St. N. 4.

d. „Offene See" bildet in gewisser Hinsicht den Gegensatz zur „Wasserstraße", keineswegs zu den „heimischen Gewässern" i. S. des MStGB. § 164, welcher letztere Begriff eine sehr weite Auslegung erfahren hat und große Gebiete der „offenen See" mit umfaßt. Mit Recht sieht die GM. durch den Wortausdruck (die See) die Landseen für ausgeschlossen an; aM. v. Schwarze N. 6. Andererseits kann die Ansicht von Rubo N. 7, es gehöre zur offenen See jeder Teil des Meeres, keine Billigung finden, da der von ihm angeführte Grund, daß jede Auffassung, nach der das Staatsgebiet noch auf einen Teil des Meeres sich erstrecke, eine in D. durch die Gesetzgebung nicht anerkannte Fiktion sei, das Strafrecht in unzulässiger Weise vom gesamten übrigen geltenden Recht absondert (vgl. § 3 N. 14a). Im übrigen stehen (während RG. III 8 Jan. 00 E. 33 57, insbs. 62, die Frage unentschieden läßt) wesentlich zwei Ansichten sich entgegen; die eine, von Binding Lb. 1 315, v. Liszt S. 444, Merkel HH. 3 720 f., Frank N. III, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 4, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 41, vertretene, verweist auf das Völkerrecht (§ 3 N. 12_2), und soll demgemäß die „offene See" der nicht zum sog. nassen Küstensaum gehörige Teil des Meeres sein; die andere Ansicht fußt mehr auf einer natürlichen Auffassung des Begriffs; so stellt Meves StrZ. 13 421 „offene See" mit „hoher See" gleich u. Villnow Raub S. 33 bringt den Ausdruck in einen Gegensatz zum „Hafen und der Mündung der Flüsse". Bei der Zweifelhaftigkeit der Sache verdient die erstere Auffassung wegen der ihr beiwohnenden größeren Bestimmtheit den Vorzug. Wegen der Bestrafung eines „auf offener See" verübten Raubes greifen die allg. Grundsätze Platz; vgl. deshalb §§ 3 N. 14 a β, 4.

4) Die Qualifikation der Nr. 3 ist begründet, wenn die Vergewaltigung auf öffentl. Wege rc. begann, mag auch die Vollendung der Tat (vgl. § 3 N. 2_2, 3_2) außerhalb desselben stattgefunden haben (RG. III 3. März 02 E. 49 133), nicht begründet, wenn zwar die Verfolgung des zu Beraubenden schon auf öffentl. Wege stattfand, dagegen die Vergewaltigung bzw. die Entwendung, und somit die Tat selbst (§ 249 N. 13), erst außerhalb desselben ihren Anfang nahm und vollendet wurde; Oppenh.-D. N. 5a, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 41.

5) Die in Nr. 4 aufgestellte Qualifikation entspricht der des § 243[7]. Während im übrigen § 243 N. 50—58 zu vergleichen, ist als abweichend hervorzuheben:

a. der im § 243 (N. 55) geforderten „diebischen Absicht" tritt im § 250 ausweislich der Worte „zur Begehung eines Raubes oder Diebstahls" alternativ der auf „Raub" gerichtete Vorsatz hinzu;

b. dem „Einschleichen" bzw. „Sichverbergen" des § 243 (N. 56) ist im § 250 das

„Sich gewaltsam Eingang Verschaffen" zur Seite gestellt; wie § 243 N. 57_4 hervorgehoben wurde, ist der Umstand, daß hier diese letzteren Worte zwischen jenen beiden im § 243 gebrauchten Ausdrücken eingeschaltet sind, für die Auslegung beider Bestimmungen von Bedeutung. Das Wort „gewaltsam", dem irgendeine Beschränkung nicht beigefügt ist, muß deshalb im weitesten S., nicht bloß von Gewalt gegen Sachen, sondern auch von solcher gegen Personen — und hier wieder von vis absoluta und vis compulsiva — verstanden werden (vgl. § 113 N. 23a); so die GM.; aM. Merkel HH. 3 721, wenn auch der Wortlaut Gewalt gegen Personen zulasse, so sei doch, da ein Pendant des nächtlichen Diebst. geschaffen sei, daran nicht gedacht; allein der nächtliche Diebst. des § 243^7 kennt überhaupt ein gewaltsames Eindringen nicht. Was die gegen Sachen angewendete Gewalt betrifft, so heben Merkel aO. u. v. Schwarze N. 8 zutreffend hervor, daß sie als Einbruch (§ 243^2) sich nicht zu charakterisieren brauche, da dieser der richtigen Ansicht nach (§ 243 N. 17) eine Beschädigung oder Zerstörung erfordert. Daß ein „Einsteigen" oder der „Gebrauch eines falschen Schlüssels" (§ $243^{2,3}$) nicht dem Erfordernisse des „Sich gewaltsam Eingang Verschaffen" entspricht, erkennt die GM. an.

6) Die Qualifikation der Nr. 4 erfordert ebensowenig wie § 243^7 (das. N. 51_4) die Anwesenheit eines Bewohners in dem Gebäude zur Zeit der Tat; so: Schütze S. 454 N. 17, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 42 f.; aM. Merkel HH. 3 721. Dagegen ist allerdings notwendig, daß zur Zeit des Raubes irgendeine Person, wenn auch nur zufällig, in dem Gebäude anwesend sei; denn wenn, nach der Erzwingung des Einganges durch Gewalt gegen eine vor dem Hause befindliche Person, im Hause nicht nochmals Gewalt oder Drohung gegen eine Person angewendet wird, so liegt die Qualifikation nicht vor; Oppenh.-D. N. 7, v. Buri aO. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Raub seinem ganzen Tatbestande nach in einem bewohnten Gebäude begangen wurde; Rüd.-St. N. 5.

7) Nr. 5, welche die im § 245 enthaltenen Vorschriften auch hier für anwendbar erklärt, enthält gegenüber dem § 244, dessen Noten zu vergleichen, folgende Abweichungen:

a. schon der erste Rückfall, nicht erst der zweite begründet die Rückfallsstrafe (§ 244 N. 1);

b. die Vorbestrafung muß wegen Raubes oder eines gleich dem Raube zu bestrafenden Verbr. (§§ 252, 255) erfolgt sein;

c. die Rückfälligkeit, obgleich sie selbst ein straferhöh. Umst. i. e. S. nicht ist (N. 1), tritt beim Raube neben eine Reihe straferhöh. Umst., während sie beim Diebst. auch die Strafbarkeit der schweren Deliktsform erhöht. Im PrStGB. § 233^1 fiel der Rückfall mit unter die schwersten, jetzt im § 251 behandelten, Fälle des Raubes (§ 249 N. 1); da jedoch die Strafandrohung des § 251 für den Rückfall zu hoch erschien, so wurde er den Fällen des § 250 zugesellt.

8) Der Dolus beim schweren Raube verhält sich zu dem beim einfachen Raube wie der Dolus beim schweren Diebst. zu dem beim einfachen Diebst.; Binding Normen 2 559. Die N. 60 zum § 243 gilt deshalb hier entsprechend.

9) Wegen des Versuchs (§ 43) eines schweren Raubes vgl. § 249 N. 13, insbs. das das. cit. RG. G. 47 284 btr. der Fragestellg. bei versuchtem Straßenraube (Nr. 3) sowie § 243 N. 61. Im Falle der Nr. 4 des § 250 kann jedoch Versuch eines schweren Raubes, bei fehlendem Beginne der Vergewaltigung im Hause (N. 6), nur dann angenommen werden, wenn der auf Raub gerichtete Vorsatz (N. 5a) feststeht; Merkel HH. 3 723. Falls der Täter in „diebischer Absicht" „sich gewaltsam Eingang verschaffte", ohne Beginn einer Vergewaltigung im Hause, so liegt nur der Versuch eines einfachen Diebst. vor, da die „gewaltsame" Verschaffung des Eingangs ein Qualifikationsmoment beim Diebst. nicht ist (N. 5 b).

10) Wegen der Strafe vgl. N. 15a zum § 249, die mit der Maßgabe Anwendung findet, daß beim vollendeten Verbr. das Minimum der ordentlichen Hauptstr. 5 J. Zuchth., dasjenige der außerordentlichen Hauptstr. 1 J. Gef. beträgt.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 251.

Mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus wird der Räuber bestraft, wenn bei dem Raube ein Mensch gemartert, oder durch die gegen ihn verübte Gewalt eine schwere Körperverletzung oder der Tod desselben verursacht worden ist.

PrStGB. § 233[2, 3]. Entw. I § 229, II § 246.

1) Der § 251 behandelt zwei Fälle des **besonders schweren Raubes**; auch hier geschieht eine Verweisung auf den Tatbestand des einf. Raubes aus § 249 (vgl. das. N. 1—11).

Die i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 **straferhöhenden Umstände** liegen darin, daß „bei dem Raube" (N. 2) entweder „ein Mensch gemartert" (N. 3) oder „durch die gegen ihn verübte Gewalt eine schwere Körperverletzung oder der Tod desselben verursacht worden ist" (N. 4). Bezüglich der beiden straferhöh. Umst., der Marterung u. der durch die Gewalt verursachten Folge, hat **RG.** FS. 11. Aug. 02 **E. 35** 357 eine **alternative Feststllg.** für zulässig erachtet, da nur Modalitäten derselben strafb. Hdlg. in Frage ständen; aM. mit Recht OLA.; ebenso zweifellos Binding Lb. **1** 315 („doppelt geschärfter Raub"); vgl. auch u. N. 5.

2) In der Wendung „**bei dem Raube**" hat die Präposition „**bei**", wie im § 243[5] (das. N. 45), die ihr gewöhnlich beiwohnende Bedeutung von „**während**"; es muß also die Marterung bzw. Gewaltanwendung bei der Ausführung des Raubes selbst erfolgt sein, mag auch die juristische Vollendung des Raubes schon eingetreten gewesen sein (Binding Lb. **1** 315, H. Meyer S. 569 N. 20), als die Marterung bzw. die von dem schweren Erfolge begleitete Gewaltanwendung stattfand; eine ausdehnende Auslegung des „bei", wie sie auf Grund des besonderen Tatbestandes des § 214 (das. N. 3b) zulässig war, ist hier nicht gerechtfertigt, und deshalb „bei dem Raube" namentl. nicht mit „bei Gelegenheit des Raubes" gleichbedeutend; so: Rubo N. 2, v. Schwarze N. 1; aM. Villnow Raub S. 38. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber schon das bloß zeitliche und räumliche Zusammentreffen der Marterung 2c. eines Menschen mit dem Raube als Qualifikationsmoment angesehen habe, vielmehr deuten gerade die Worte „oder durch die gegen ihn verübte Gewalt" darauf hin, daß die Marterung bzw. die von dem schweren Erfolge begleitete Gewalt eben zu der Gewalt gehört haben müsse, die als Mittel der Wegnahme der Sache diente (§ 249 N. 5, 7); so: Geyer **2** 56, Hälschner **2** 375, v. Schwarze N. 2, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 45; aM.: Binding Lb. **1** 315, Merkel S. 324, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 2, Villnow aO.

3) „**Martern**" ist, wie auch die Zusammenstellung mit der „verübten Gewalt" wahrscheinlich macht, hier nur in seiner eigentlichen Bedeutung als Marterung des Körpers, nicht auch der Seele zu verstehen; so die GM.; aM. v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 45. Man wird hiernach unter „Martern" eine absichtliche körperliche Peinigung, d. h. die Zufügung heftiger Schmerzen, zu verstehen haben; so die GM. Fraglich ist, ob der Begriff des Marterns oben bereits hinreichend bestimmt sei und ob nicht vielmehr noch hinzutreten müsse, daß der Gepeinigte „mittels besonderer Vorrichtungen oder erneuter Handlungen" eine längere Zeit hindurch in der Empfindung heftiger Körperschmerzen „erhalten" worden sei; so Merkel S. 324 u. Rubo N. 3. Mit Recht wird aber jedenfalls von Merkel HH. **3** 722 und anderen kein Gewicht **darauf** gelegt, weshalb der Täter statt einer vielleicht hinreichenden geringeren Gewalt gerade die „Marterung" vornahm; aM.: Geyer **2** 56, Hälschner **2** 375 N. 3, es komme darauf an, daß der Räuber nicht nur den Zweck hatte, den Widerstand zu überwinden, sondern auch den weiteren, den Vergewaltigten Schmerzen erdulden zu sehen.

4) „**Durch die gegen einen Menschen verübte Gewalt muß eine schwere Körperverletzung oder der Tod desselben verursacht worden sein.**" Daß die **Verübung der Gewalt** selbst, wie die Marterung (N. 3), eine **vorsätzliche** sein müsse, kann kaum zweifelhaft sein und wird namentl. durch die in N. 2 niedergelegte Auffassung bedingt; v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 46. Eben danach ist auch der Begriff der „**Gewalt**"

derselbe wie beim Tatbestande des einfachen Raubes (§ 249 N. 4a); aM. Villnow Raub S. 39, der in Verfolg seiner N. 2 berührten abweichenden Ansicht bezüglich der Auslegung des „bei dem Raube", hier eine nur „mittelbare" physische Gewalt bzw. eine Gewalt gegen Sachen nicht für ausgeschlossen hält, ferner H. Meyer S. 569 N. 21, der den Ausdruck hier auch auf Drohung bezieht. Personenidentität (§ 249 N. 8) zwischen dem Gemarterten und dem Beraubten ist nicht erforderlich; v. Liszt S. 445, Frank N. I 1.

Wegen des Begriffes der „Verursachung einer schweren Körperverletzung bzw. des Todes" vgl. §§ 221 N. 11, 224 N. 1; abweichender Ansicht, indem sie Verschuldung durch Fahrlässigkeit erfordern, sind insbs. auch hier: Hälschner 2 376, Schütze S. 454 N. 18; dagegen nimmt Habermaas Idealkonk. S. 50 an, daß die Fahrlässigkeit schon an sich vorliege, weil der die Gewalt Verübende die Möglichkeit des tödlichen Erfolges sich vergegenwärtigen konnte und mußte.

Da die Verursachung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes durch die verübte Gewalt herbeigeführt sein muß, so genügt die Verursachung einer Geisteskrankheit durch die angewandten Drohungen zur Erfüllung des Tatbestandes nicht; so: Hälschner 2 375 N. 5, v. Schwarze N. 1, Villnow aO.; aM. v. Buri aO. S. 47.

5) Der Dolus des unter Marterung eines Menschen begangenen Raubes ist der allgemeine Dolus beim Raube (§ 249 N. 9) unter Hinzutritt eines weiteren auf „Marterung", d. h. also eine eigentümlich qualifizierte Körperverltzg., gerichteten Vorsatzes; vgl. Binding Normen 2 480, der lediglich den Vorsatz der Körperverltzg. als vierten hinzutreten läßt.

In dem anderen Falle des § 251 ist der Dolus lediglich der allgemeine Raubdolus, da das Gesetz kein Gewicht darauf legt, ob die Folgen der Vergewaltigung beabsichtigt waren oder nicht.

6) Ein Versuch ist in beiden Fällen des besonders schweren Raubes denkbar (wegen des zweiten Falles vgl. §§ 43 N. 5₂, 178 N. 3); so: Hälschner 2 376, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 6; aM. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 48; wenn nach dessen Auffassung „ein bloß versuchtes Martern" die Anwendbarkeit des § 251 (i. V. mit § 43) nicht soll begründen können, „weil eine subjektive Verschuldung für diese Anwendbarkeit nicht Voraussetzung" sei, so ist dieser Grund für den Fall der „Marterung" nicht stichhaltig (N. 3); wenn v. Buri aber andererseits die volle Strafe verhängen will, falls die bei einem unvollendet gebliebenen Raube verübte Gewalt eine der schweren Folgen gehabt, so wird verkannt, daß § 251 nur Fälle des qualifizierten Raubes enthält, folglich eine vollendete Tat aus § 251 nur angenommen werden kann, wenn der Raub selbst vollendet war. Vgl. Thomsen Versuch S. 166.

7) Den Teilnehmer (T. I Abschn. 3) trifft die volle Haftung auf Grund des § 251, dafern nicht ein ihm nicht zurechenbarer Exzeß seines Mitschuldigen vorliegt; es entspricht dies den allgemeinen (§§ 47 N. 11, 48 N. 16, 49 N. 15b) auch hier zur Anwendung kommenden Grundsätzen; Hälschner 2 376 f., Merkel HH. 3 722, Frank N. II, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 4, Villnow Raub S. 39; aM. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 50, der nur denjenigen Teilnehmer dem § 251 für verfallen erachtet, der zu der die fraglichen Erfolge verursachenden Handlung mitwirksam gewesen sei. Unbegründeter scheint ferner der von v. Buri aO. angeregte Zweifel, ob die allgemeine Fassung des § 251 überhaupt die Unterscheidung zwischen „Urheber und Gehilfen" zulasse; eine derartige Ausnahme würde zweifellos einen deutlichen Ausdruck des Gesetzes erheischen und kann unmöglich darauf begründet werden, daß „auch der Gehilfe Räuber sei".

8) Das Verhältnis des § 251 zu anderen §§. betreffend, so konsumiert, wie schon der einfache Raub (§ 249 N. 10a), so jedenfalls auch der Raub unter Marterung eines Menschen das Verg. der einfachen Körperverltzg. (§ 223), da die Marterung (N. 3) zweifellos den Tatbestand einer Körperverltzg. enthält (§ 73 N. 12).

Hat der Räuber im zweiten Falle des § 251 den Vorsatz der schweren Körperverltzg. oder der Tötung, so tritt Idealkonk. (§ 73) mit § 225 bzw. mit § 211 oder § 212 (auch mit § 214) ein; so: Rüd.-St. N. 1 u. Habermaas Idealkonk. S. 49; insbs. hinsichtlich der §§ 211, 212: RG. II 17. Juni 81, 17. Feb. 85, E. 4 287, R. 7 127, I 10. Dez. 96, 22. Juni

00, S. 44 386, E. 33 317, Oppenh.-D. N. 2; liegt Konkurrenz mit Totschlag (§ 212) vor, so ist nach § 73 die Strafe aus § 251 zu verhängen; Habermaas aO. S. 50. Fehlte es aber bei Begehung des Verbr. aus § 251 an jenem Vorsatze, so kann, wenn durch jede der Hdlgen eine besondere Ursache für die schwere Körperverltzg. o. den Tod hervorgebracht wurde, auch Realkonk. (§ 74) gegeben sein; RG. IV 5. Apr. 95 S. 43 56.

9) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar wahlweise zeitiges von 10—15 J. oder lebenslängliches, neben dem nach § 32 VbER. erkannt werden kann; vgl. außerdem § 256 N. 2.

Der Versuch (N. 6) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4 bzw. 2), 45 zu bestrafen, weshalb auf ZulPolAuff. (§§ 38 ff.) erkannt werden kann; vgl. § 44 N. 4, 5.

10) Nach § 67₁ findet die Verjährung der Strafverfolgung des vollendeten Verbr. in zwanzig, die des versuchten in funfzehn Jahren statt (das. N. 2c); wegen des Beginnes der Verjährung im Falle der Verursachung des Todes rc. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

§. 252.

Wer, bei einem Diebstahle auf frischer That betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.

PrStGB. §§ 230 Abs. 2, 231. Entw. I § 227 Abs. 2, 3, II § 247.

1) § 252 behandelt nicht einen Fall des Raubes i. e. S. (§ 249 N. 1), vielmehr in Wahrheit einen, durch darauf folgende Gewalt oder Drohungen behufs Erhaltung im Besitze des gestohlenen Gutes qualifizierten Diebstahl. Gegen einen „bei einem Raube“ auf frischer Tat Betroffenen ist die Bestimmung nicht anwendbar; RG. IV 7. Juni 01 S. 48 355.

2) Der Tatbestand setzt hiernach zunächst einen Diebstahl i. S. des Abschn. 19 voraus; denn da es lediglich um einen besonders ausgezeichneten Diebst. (vgl. H. Meyer S. 562 f., Frank N. II u. v. Wächter S. 423 N. 18, nach dem das StGB. den Fall „sonderbarerweise“ nicht in den Abschn. vom Diebst. gesetzt hat) sich handelt, so können die privilegierten, nicht mit der Diebstahlsstrafe zu belegenden Fälle, anders als beim Raube (§ 249 N. 3), nicht in Betracht kommen; so: Berlin 26. Sept. 72, 12. Jan. 76, St. 2 114, O. 17 25, Binding Lb. 1 305, Geyer 2 49 u. ZStrW. 2 299, v. Liszt S. 437, Frank N. II 1, v. Schwarze N. 1, Ziebarth Forstr. S. 381, Friedländer ZStrW. 11 402; aM. RG. I 8. Mai 82 E. 6 325, IV 5. März 86 E. 13 391 (ausführlicher N. 8 155), jenes § 370⁵, dieses PrFFPG. § 18 btr., ferner: Hälschner 2 377, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1, Rotering PrFDG. (Berlin 1895) S. 28. Aus demselben Grunde ergibt sich aber, daß § 252, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch der Sache nach begrifflich nur den Tatbestand des einfachen Diebst. (§ 242) voraussetzt; es handelt sich lediglich um den Hinzutritt einer Qualifikation, die mit anderen Qulifikationen des Diebst. in Konkurrenz treten kann (N. 10) und nur dadurch sich unterscheidet, daß sie in einer nach der Vollendung des Diebst. (N. 3) verübten Hdlg. gefunden wird.

3) Voraussetzung des § 252 ist ferner ein juristisch vollendeter Diebst. (§ 242 N. 39); dies ergeben nicht nur die Worte „um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten“, sondern es folgt namentl. auch daraus, daß, wenn der Diebst. noch nicht vollendet wäre, das Delikt mit der Gewaltanwendung in Raub übergehen würde, § 252 aber keineswegs eine zweite, den Versuch einschließende, Formel für den Raub hat aufstellen wollen; so, außer den Motiven: Binding Lb. 1 305, Geyer 2 49, Hälschner 2 377, v. Liszt S. 437, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 2; aM. Schütze S. 455 N. 19; eine Mittelmeinung vertritt Oppenh.-D. N. 3, wenn nach ihm die Anwendung des § 252 nicht auf den Fall beschränkt sein soll, wo der Diebst. noch nicht vollendet war.

4) Zu dem Tatbestande des vollendeten einfachen Diebst. tritt als straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 hinzu, wenn der Täter „bei einem Diebstahle auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten". Dadurch, daß das StGB. aus Zweckmäßigkeitsgründen die aus § 252 strafb. Hdlg. in den Abschn. 20 und nicht in den Abschn. 19 gestellt hat, wird an dem Charakter der Straftat als eines qualifizierten Diebst. nichts geändert, da hier augenscheinlich nicht, wie bei dem Raube (§ 249 N. 2), das Motiv obgewaltet hat, ein eigentümliches Delikt zu schaffen.

5) Wenn der Täter „bei einem Diebstahle auf frischer Tat betroffen" sein muß, so folgt daraus, daß das „betroffen" bei der Hdlg. des Diebst., wie er faktisch sich abspielte, obschon nach seiner juristischen Vollendung (N. 3) stattgefunden haben muß, daß also namentl. ein Einholen des Diebes bei der Verfolgung auf frischer Tat nicht genügt; in Beachtung dieses Unterschiedes hebt auch StPO. § 127 an: „Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt ꝛc."; folgeweise muß auch der Dieb noch am Orte der Tat wahrgenommen worden sein (anders im Falle des § 214; das. N. 3b). So: Binding Lb. 1 305, Frank N. 1, Rubo N. 2, Villnow Raub S. 41. Die GM. geht dahin, daß ein Betreffen des Diebes bei sofortiger Nacheile genüge.

6) Wegen „Verübung von Gewalt gegen eine Person" bzw. „Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" vgl. § 249 N. 4. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß die Vergewaltigung dem Betreffen auf frischer Tat derartig sich anschließen, daß beides als ein zusammenhängender Vorgang erscheint; Villnow Raub S. 41.

7) „Um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten" muß der Täter die Gewalt oder die Drohung angewendet haben; daraus folgt einerseits, daß Täter aus § 252 nur sein kann, wer Täter o. Mittäter des Diebst. ist, nicht auch der Diebstahlsgehilfe (so: Binding Lb. 1 305, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 3), andererseits, daß die Vergewaltigung behufs Sicherung der eigenen Person nicht unter § 252 fällt. Während beim Raube (§ 249 N. 5) die Vergewaltigung das Mittel ist, um die Wegnahme zu ermöglichen, dient sie hier dem weitergehenden Zwecke der Sicherung der Zueignung.

Gegen wen die Gewaltanwendung stattgefunden haben müsse, sagt das Gesetz nicht; entscheidend ist also nur die bei der Gewaltanwendung seitens des Diebes verfolgte Absicht; Rüd.-St. N. 3. Wendet freilich der Dieb die Gewalt gegen einen Teilnehmer an, der infolge der entstandenen Verwirrung das gestohlene Gut in seinen alleinigen Besitz bringen will, so greift § 252 nicht Platz; Hälschner 2 378, Rüd.-St. N. 3, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 52.

8) Zur Vollendung des „raubähnlichen Diebstahls (Binding Normen 2 252) gehört, wie bei jedem Diebst. u. folgeweise auch beim Raube, die vollendete Wegnahme (wenn auch nicht Zueignung; vgl. § 242 N. 24_2) der Sache; dagegen gehört, abweichend vom Raube (§ 249 N. 3b), die wirkliche Verletzung der persönlichen Freiheit nicht zur Vollendung, vielmehr genügt die Anwendung von Gewalt oder Drohung zum Zwecke dieser Verletzung, so daß der Tatbestand des vollendeten Verbr. vorliegt, wenn auch der Dieb nicht mittels Zwanges im Besitze des Gestohlenen sich behauptete; Hälschner 2 378, Rüd.-St. N. 4, Villnow Raub S. 54, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 53.

9) Der Dolus ist beim raubähnlichen Diebst. derselbe wie beim Raube (Binding Normen 2 552); denn er setzt sich, wie bei diesem, zusammen aus dem Doppelvorsatze des Diebst. und aus dem Vorsatze (N. 8) der Verletzung der persönlichen Freiheit eines anderen.

10) Der Tatbestand des einfachen Diebst. aus § 242 ist in dem des „raubähnlichen" Diebst. enthalten (N. 2, 4), und § 252, als das speziellere Gesetz, schließt daher den § 242 aus (§ 73 N. 12).

Anders ist das Verhältnis der Fälle des qualifizierten, und zwar sowohl des schweren aus § 243 als auch des im Rückfall begangenen (einfachen oder schweren) Diebst. aus § 244 zum raubähnlichen Diebst. Jene Qualifikationen können mit der des § 252 (N. 4) in Konkurrenz treten, zwar nicht in Realkonk., weil der Diebst. immer einen Teil der

Hdlg. des § 252 bildet, folglich nur eine und dieselbe Hdlg. vorliegt, wohl aber in Idealkonk. (§ 73); anderenfalls würde die Bestimmung des § 252 sogar zu einer Strafmilderung führen können, so, wenn ein schwerer Diebst. im wiederholten Rückfalle begangen ist (Strafe nach § 244_1: Zuchthaus nicht unter 2 J.), betreffs des raubähnlichen Diebst. aber wegen fehlender Strafschärfungsgründe (N. 12) die Strafe aus § 249 zu verhängen sein würde; so: Frank N. II 3, Oppenh.-D. N. 1 u. § 73 N. 6, auch Binding Lb. **1** 305, der, ebenso wie H. Meyer S. 563, von den „alternativen Strafgesetzen" in dem hervorgehobenen Falle § 244 anwenden will; aM.: **RG**. III 29. Apr. 82 E. **6** 243, Berlin 22. Nov. 77 St. 8 93, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 8, die jede Konkurrenz zwischen Diebst. und dem Verbr. aus § 252 für ausgeschlossen erachten.

11) Prozessual ist zu bemerken, daß zur Feststellung des Tatbestandes des § 252 im schwurgerichtl. Verfahren eine lediglich an den Wortlaut sich anschließende Fragestellung nicht ausreichen würde, daß vielmehr der Bestimmung der StPO. § 293 nur dann genügt wird, wenn in der Frage der Rechtsbegriff des Diebst. in seine Tatbestandsmerkmale aufgelöst wird; so das N. 2 zit. **RG**. E. **13** 391 (das jedoch von seinem Standpunkte für genügend hält, wenn im Falle des Vorliegens eines Gartendiebst. in Anlehnung an das PrFFPG. § 18 dem Worte „Diebst." erläuternd hinzugefügt werde „nämlich der in einem Garten bewirkten Entwendung von Salatköpfen") sowie Oetker GS. **64** 97.

12) Da der Täter „gleich einem Räuber zu bestrafen ist", weshalb auch die Anwendung des § 247 für ausgeschlossen zu erachten (Binding Lb. **1** 312 N. 1, v. Wächter S. 416), so genügt wegen der Strafe, und demgemäß auch wegen der Verjährung und Zuständigkeit, eine Verweisung auf die entsprechenden N. zu §§ 249—251. Beim Vorliegen der btr. Qualifikationsmomente müssen auch die Strafandrohungen der §§ 250, 251 zur Anwendung kommen; so insbs. die Motive u. Villnow Raub S. 42 (über die Fragestellung im schwurgerichtl. Verfahren vgl. **RG**. III 20. Dez. 88 E **19** 141). Dabei ist jedoch Voraussetzung, daß die Qualifikation bei der raubähnlichen Hdlg., d. h. bei der Tat im ganzen, nicht bloß beim Diebst., vorliege; Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 6. Das Vorliegen einer Qualifikation beim Diebst. begründet Idealkonk. (N. 10).

§. 253.

Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, einen Anderen durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nöthigt, ist wegen Erpressung mit Gefängniß nicht unter Einem Monat zu bestrafen.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. §§ 234, 235 Abs. 1. Entw. I §§ 230, 231 Abs. 1, II § 248. StB. S. 684 f.
Vgl. § 339 Abs. 3 sowie MStGO. § 341_4.

Erpressung im allgemeinen. §§ 253—256. N. 1—13.

1) Die Bestimmungen über die Erpressung sind derartig angeordnet, daß § 253 das Vergehen der einfachen Erpressg. behandelt, die §§ 254, 255 dagegen als Verbr. sich qualifizierende Fälle der Erpressg. betreffen, und zwar § 254 die in der Strafbarkeit der Erpressg. überhaupt in der Mitte stehenden, § 255 aber die schwersten, gleich einem Raube zu bestrafenden, Fälle. Der § 256 endlich bezieht sich auf die Nebenstrafen des VbER. sowie der ZulPolAufs.

2) Die Erpressg. ist, gleich dem Raube (§ 249 N. 2), ein zusammengesetztes Delikt, das einerseits (N. 3—7) mit der Nötigung aus § 240, andererseits (N. 8) mit dem Betruge aus § 263 im engsten Zusammenhange steht.

3) Die „Nötigung eines anderen durch Gewalt oder Drohungen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung" bildet den äußeren Tatbestand der Erpressg. Die Abweichung von der aus § 240 strafb. Nötigung besteht darin, daß nach § 253 Drohungen aller Art, nach § 240 nur solche „mit einem Verbr. oder Verg."

erfordert werden. Während deshalb im allg. auf die Bemerkungen über den sog. objektiven Tatbestand des § 240 verwiesen werden kann, bleiben hier (R. 4—7) Einzelheiten hervorzuheben.

4) „Gewalt" ist an sich wie im § 240 zu verstehen; vgl. deshalb das. R. 4 f. und zwar insbs. wegen der Qualität der Gewalt von den R. 4_1 zitt. Entscheidungen einerseits **RG.** E. **4** 429, R. 7 545, andererseits Berlin St. **3** 337. Im übrigen aber ist zu vergleichen u. R. 14_2 sowie § 255 R. 2.

5) Wegen „Drohung" vgl. — außer §§ 114 R. 3b, 254 R. 1 — § 48 R. 11a, insbs. das dort zit. **RG.** E. **14** 264, dem IV 25. Feb. 87 E. **15** 333 (und diesem folgend II 20. Okt. 99 E. **32** 335) mit der weiteren Ausführung sich anschließt, daß § 253 zu einer Unterscheidung, ob das angedrohte Übel ein von dem Drohenden selbst oder auch von einem Dritten zu verwirklichendes sei, keine Veranlassung gebe; Voraussetzung des letzteren Falles sei allerdings, daß der Bedrohte die Beeinflussung des Dritten durch den Drohenden sich vorstelle und daß der Drohende die Erregung dieser Vorstellung beabsichtigt habe; dahin fällt insbs. die Benutzung des, äußerlich ordnungsmäßigen, Einschreitens öffentl. Behörden (der Gerichte und Gerichtsvollzieher) als Mittel zur Verübung der Erpressung, indem durch diese das Übel in Aussicht gestellt wird; **RG.** II 11. Dez. 94, I 6. Juni 01, E. **26** 305, **34** 279. Dagegen wurde in der Praxis des **RG.** das Vorliegen einer „Drohung" verneint: weil kein künftiges Übel in Aussicht gestellt, sondern nur von einem gegenwärtigen, der möglichen Konkurrenz auf Grund einer gemachten gleichen Erfindung, Mitteilung gemacht wurde (II 14. Mai 95 G. **43** 125), weil in dem Ansinnen nur eine Vertragsproposition zu erblicken war (III 6. Okt. 90, 23. Sept. 97, E. **21** 114, G. **45** 366), weil nur eine Warnung vorlag (I 1. Juli 97, 29. Nov. 00, G. **45** 356, E. **34** 15, ähnlich III 14. Jan. 86 R. 8 55, es sei tatsächl. Frage, ob der Wille des anderen gebeugt o. ihm nur die Lage der Dinge dargestellt werden sollte, sowie IV 13. Okt. 03 E. **36** 384). Infolge der gleichen Bedeutung der „Drohung" mit der „Bedrohung" im § 240 stimmen mit den Ausführungen das. R. 6 f. überein: **RG.** I 9. Feb. 80 R. **1** 325, III 9. März, II 21. Jan., 22. Nov. 81, I 24. März 84, E. **3** 429, 262, **5** 171, **10** 216 (es genüge, daß beim Bedrohten die Besorgnis der Ausführung der Drohung erregt werden solle; es sei unerheblich, daß der Täter außerstande gewesen, den angedrohten Nachteil zu verwirklichen [aM. jedoch zit. R. 8 55], desgleichen, daß der Täter nicht die ernste Absicht hatte, seine Drohung auszuführen; die durch Bedrohung erwirkte Erpressg. müsse eine Beschränkung der Willensfreiheit des Bedrohten enthalten; es sei für das Wesen der Drohung genügend, daß der Täter die Drohung als geeignet erkannte, auf die Willensfreiheit des anderen einzuwirken, ohne den Willen der Zufügung des in Aussicht gestellten Übels). Entscheidend ist immer die wahre Absicht, Furcht vor der Verwirklichung des Übels zu erregen, ohne daß es auf den Wortlaut der Äußerungen des Drohenden, die vielleicht ein ganz anderes Motiv betonen, ankommt; zitt. **RG.** E. **15** 333, R. 8 55.

Abweichend vom § 240 genügen aber zur Erfüllung des Tatbestandes der Erpressg. Drohungen aller Art (vgl. jedoch §§ 254 R. 2, 255 R. 3); neben die Drohungen mit strafb. Hdlgen (vgl. z. B. **RG.** III 3. Juli 84 R. **6** 508, Drohung eines Droschkenkutschers, einen Fahrgast nicht weiter fahren zu wollen) treten diejenigen mit rechtmäßigen (minae juris) oder rechtlich irrelevanten Hdlgen; so die GM., insbs. die Praxis des **RG.**: I 12. Feb. 80, III 11. Juni, II 22. Nov. 81, III 6. Okt. 90, II 20. Okt. 99, I 29. Nov. 00, E. **1** 205, **4** 279, **5** 171, **21** 114, **32** 335, **34** 15 (Drohung, durch sofortige Geltendmachung seiner liquiden Forderung im Wege der Hilfsvollstreckung den finanziellen Ruin des anderen zu bewirken; bzw. mit einer erlaubten oder an sich nicht unberechtigten Hdlg.; bzw. mit Verhängung einer Platzsperre, bzw. mit Arbeitseinstellung seitens einer nach GewerbeO. §§ 105, 152 gestatteten Koalition von Arbeitern, bzw. mit Ausschluß des Bezuges von Waren seitens eines Ringes sog. Konventionsfabriken), IV 29. Apr. 92, 22. Jan. 97, III 5. März 98, I 17. Jan. 01, G. **40** 54, **45** 39, **46** 318, **48** 115 (Drohung, einen gestellten Strafantrag nicht zurückzunehmen, selbst bei Unstatthaftigkeit der Zurücknahme; bzw. Inaussichtstellg. des Boykotts der Fabrikate eines Fabrikanten bzw. einer Kapitalkündigg., bzw.

Ankündigung der Fortdauer der Arbeitslosigkeit durch Verweigerung der Einstellung als Arbeiter). Drohungen dieser Art genügen, als Mittel zur Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils angewendet (N. 8), für den Tatbestand der Erpressg., falls sie nur — was nach der konkreten Sachlage zu beurteilen — überhaupt geeignet sind (oder im Falle des Versuchs vom Drohenden wenigstens dafür gehalten werden; II 3. Apr. 94, I 29. Nov. 00, E. **25** 254, **34** 15) auf die Freiheit der Willensbetätigung des Bedrohten (vgl. § 240 N. 3) einzuwirken; so die zitt. E. **5** 171, R. **6** 508, während in den den Entscheidungen II 19. Okt. 88 R. **10** 582, III 31. Jan. 89 E. **19** 41 zugrunde liegenden Fällen (btr. Ankündigung einer Unterlassg. bei mangelnder Verpflichtung zum Handeln, bzw. Ankündigung, eine obliegende Verpflichtung nur dann zu erfüllen, wenn der Gläubiger eine Leistung übernehme, zu welcher dieser nicht verbunden war) solches zu verneinen war. Unter obiger Voraussetzung genügt insbs. auch Drohung mit Anstellung einer Zivilklage, sei es einer an sich begründeten, aber nicht die Durchsetzung des begründeten Anspruchs, sondern eines anderen rechtsw. Vermögensvorteiles bezweckenden (so zit. E. **1** 205), sei es eines entweder überhaupt (II 7. Apr. 93 G. **41** 39, zit. E. **25** 254), oder wenigstens der Höhe nach (III 17. März 90 E. **20** 326) unbegründeten; dsgl. die Androhung einer Zwangsvollstreckung (auf Grund eines erschlichenen Vollstreckungstitels nach der dem Drohenden bekannten Tilgung des Anspruchs); zit. E. **26** 305.

6) Wegen „Handlung, Duldung, Unterlassung" vgl. § 176 N. 6.

Zwischen der Anwendung der Gewalt oder Drohung und der herbeigeführten Hdlg. 2c. muß, wie auch durch die Präposition „durch" (vgl. dagegen § 249 N. 5) zum Ausdruck gebracht wird (Villnow Raub S. 416 u. G. **24** 115), ein — wenn auch nur mittelbarer u. namentl. eine hinzutretende weitere Tätigkt. des Nötigenden rechtsgrundsätzlich nicht ausschließender (RG. IV 23. Okt. 00 E. **33** 407) — Kausalzusammenhang bestehen, da sonst eine „Nötigung" überhaupt nicht vorliegen würde (§§ 52 N. 2, 240 N. 1); RG. III 26. Feb. 81 E. **3** 246. Das bedingt mit Notwendigkeit, daß die Gewalt o. Drohung zur Kenntnis des zu Nötigenden gelangt sei. Bei einem Versuche der Erpressung (§ 43) braucht jener Zusammenhang nicht wirklich vorhanden zu sein, er muß aber im Bewußtsein des Täters gelegen haben (RG. IV 25. Feb. 87, 2. Okt. 03, E. **15** 333, G. **51** 46), auch gehört wenigstens zum Tatbestande des beendeten Versuchs (§ 46²) die eben hervorgehobene Kenntnisnahme seitens des zu Nötigenden; RG. II 12. März 80, I 6. Mai 97, E. **1** 306, **30** 98.

Die Hdlg. 2c. des Genötigten ist aber nicht ein bloß äußeres Tun, sondern beruht vielmehr auf dem Entschlusse des Genötigten; so, außer Villnow, Katz GS. **31** 424. Demnach muß also durch die Gewalt oder Drohung bestimmend auf den Vergewaltigten bzw. Bedrohten eingewirkt worden sein; Berlin 9. Feb. 76 O. **17** 101. Aber nicht überall, wo jemandem durch eine Drohung 2c. ein Motiv für eine bestimmte Hdlg. gegeben wird, liegt eine Nötigung vor; beruht die Vornahme der Hdlg. nicht auf einem psychologischen Zwange, sondern stimmt sie mit dem wahren Willen des Vergewaltigten überein, so fehlt es an dem notwendigen Kausalzusammenhange, der das Wesen der Nötigung ausmacht; Binding Lb. **1** 380, Merkel HH. **3** 729, H. Meyer S. 591 (583). Kommt der Bedrohte aber nicht zu einer solchen freien Entschließung, so steht der Umstand, daß die Hdlg. 2c. den „Intentionen des Handelnden" nicht zuwider läuft, der Annahme einer Nötigung nicht entgegen; denn zwischen dem Gedanken an die Ausführung und der Ausführung selbst liegt noch der Entschluß, der ein freier o. ein abgenötigter sein kann; so Katz GS. **31** 430 gg. Merkel aO.

7) Der notwendige Kausalzusammenhang zwischen Gewalt oder Drohung einerseits und der Hdlg. 2c. andererseits (N. 6) bedingt nicht, daß die abgenötigte Hdlg. während der Gewaltanwendeng 2c. oder sofort nach ihr vorgenommen werde; vielmehr kann die durch die Gewalt o. Drohung erregte Furcht auch noch in die Zukunft fortwirken; Katz GS. **31** 434.

Der Kausalzusammenhang fordert ferner nicht Personenidentität des Vergewaltigten und desjenigen, den der Täter nötigen will (§ 240 N. 5d, 8). Dagegen ist allerdings Voraussetzung, daß die Gewalt o. Drohung, die direkt gegen einen Dritten sich richtet, geeignet sei, auf den zu Nötigenden bestimmend zu wirken, weshalb sie

vor allem zu dessen Kenntnis gekommen sein (N. 6), außerdem aber eine äußere persönliche Beziehung zwischen den beiden Personen (beim Versuch wenigstens nach Annahme des Täters) bestehen muß, die jenen bestimmenden Einfluß zu begründen vermag; anderenfalls bleibt nur der Tatbestand der Nötigung (§ 240) des unmittelbar Betroffenen bestehen; so die GM., insbs. RG. III 26. Feb. 81, 8. Jan., 8. Feb. 83, E. **3** 426, 8 5, R. **5** 94, II 3. Apr. 94 E. **25** 254.

8) „Um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" muß die Nötigung, deren einfacher Tatbestand aus § 240 (das. N. 11) lediglich die „Widerrechtlichkeit" erfordert, vorgenommen sein, wenn sie als Erpressg. sich darstellen soll. Demnach wird für diese, in gleicher Weise wie beim Betruge, die Absicht (§ 59 N. 6_2) der Bereicherung verlangt, weshalb über dieses Erfordernis § 263 N. 42 ff. zu vergleichen.

Der Tatbestand der vollendeten Erpressg. erfordert hiernach (N. 6, 7), daß die erzwungene Hdlg. 2c. das vom Täter gewollte Mittel sei, das den erstrebten Vermögensvorteil kausal verwirklichen soll; RG. III 8. Jan. 83 E. 8 5, I 1. Juli 97 G. **45** 356; vgl. jedoch zu dem ersteren Urteil Bosler Raub u. Erpressung S. 19. Demgemäß erfüllt eine Drohung, die zu dem Zwecke gegen einen anderen gerichtet wird, um ihn zu bestimmen, daß er bei einem Dritten zugunsten des Täters sich verwende, ohne daß der Dritte der Verwendung entsprechen muß, auch dann den Tatbestand der Erpressg. nicht, wenn das, was verlangt werden soll, mit einem Vermögensvorteil verknüpft ist; die bloße Vermittelung als solche stellt noch keinen Vermögensvorteil dar; so die N. 7_2 zitt. RG. E. **3** 426, R. **5** 94.

Eine auf Bereicherung eines „Dritten" gerichtete Absicht wird durch die völlige Unbestimmtheit der Person des Dritten z. Z. der Nötigung nicht ausgeschlossen; RG. II 13. Okt. 91 E. **22** 173. Deshalb durfte eine solche Absicht angenommen werden bei Einforderung von Beiträgen zur Ansammlung eines Streikfonds, wobei es gleichgültig erscheint, ob der Drohende wie der Bedrohte zu den künftigen Empfängern gehören können; RG. II 20. Okt. 99 E. **32** 335.

9) Die Erpressg. ist mit der Nötigung vollendet; abweichend vom Betruge (§ 263 N. 52) gehört auch die Vermögensbeschädigung eines anderen nicht zum Tatbestand; noch weniger aber wird an sich zur Vollendung erfordert, daß die beabsichtigte Bereicherung (N. 8) eingetreten sei; so die GM., insbs. RG. I 24. März 84 E. **10** 216. Wenn freilich die Handlung 2c. (N. 6), auf die die Nötigung abzielte, unmittelbar die Bereicherung des Nötigenden mit sich bringen sollte, wie z. B. bei Nötigung der Zahlung einer Geldsumme, dann fällt auch mit der Vollendung der Tat der Eintritt der beabsichtigten Bereicherung zusammen. Fraglich kann hier nur sein, ob, wenn die Hdlg. nicht in vollem Umfange erreicht wird, also statt des geforderten größeren Betrages nur ein geringerer gezahlt wird, Vollendung oder Versuch vorliege (N. 15); gegen die in der 5. Aufl. vertretene Ansicht erscheint es richtiger, für die Regel wenigstens, Vollendung anzunehmen, da der einen höheren Betrag fordernde Täter damit regelmäßig zugleich zur Leistung eines geringeren nötigen will, und die Handlung des Genötigten auch in diesem Umfange das vom Täter gewollte Mittel (N. 8) zur Erreichung des auch insoweit rechtswidrigen Vermögensvorteiles bildet; RG. II 16. Jan. 00 E. **33** 78, Binding Lb. **1** 380 N. 3.

10) Der Dolus setzt sich zusammen aus dem Bereicherungsvorsatz und dem Deliktsvorsatz der Nötigung (§ 240 N. 13); Binding Lb. **1** 375. Soweit es sich um das N. 8 bezeichnete subjektive Merkmal handelt, ist Eventualdolus ausgeschlossen (§ 59 N. 6_3); das gilt insbs. auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils; RG. III 12. Juni 02 G. **49** 277.

11) Über das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, als eines Teiles des in N. 10 bestimmten Erpressungsdolus, herrscht kein Streit; vgl. insbs. RG. II 19. März 80 R. **1** 495, III 30. Apr., 11. Juni 81, E. **4** 167, 279. Wegen fehlenden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit wird in der Regel, selbst wenn dem btr. Gläubiger dieses Bewußtsein beiwohnen sollte, die Androhung seitens des Vorstandes einer sog. Schutz-

genossenschaft, daß der Schuldner bei erfolgter Nichtzahlung in die Listen der säumigen Schuldner aufgenommen werden sollte, nicht als Erpressung strafbar sein; Cordes G. 28 425, Gerlach Jahrb. f. Nationalök. u. Statistik NF. 20 172.

12) Wenn der Täter einen und denselben Vermögensvorteil durch Vergewaltigung verschiedener Personen mittels selbständiger Hdlgen anstrebt, so liegen Fälle der versuchten bzw. vollendeten Erpressg. in Realkonk. (§ 74) vor; so RG. I 1. Juli 80 R. 2 148; aM. Binding Lb. 1 377 f.

13) Für das Verhältnis der Erpressung zu anderen strafb. Hdlgen kommen namentlich in Betracht:

a) § 223; vgl. unten N. 14_3 sowie § 255 N. 2_2.

b) § 240. Wenn auch der Tatbestand der Nötigung in einem Punkte enger ist, als der der Erpressung, insofern als Bedrohungen nur solche „mit einem Verbr. o. Verg." in Betracht kommen (N. 3), so ist dennoch die Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73) zwischen den §§ 240 u. 253 — wenigstens für die Regel (s. u.) — als ausgeschlossen anzusehen und anzunehmen, daß § 253, auch falls es um Drohungen der bezeichneten Art sich handelt, ausschließlich Anwendung zu finden hat (vgl. auch Stern Nötigg. u. Erpressung S. 91 f., dessen Ausführungen gegen die 5. Aufl. des Komm. sich richten); denn im wesentlichen ist die Erpressung mit Rücksicht auf die auf Erreichung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtete Absicht als das speziellere Gesetz anzusehen, während die Begrenzung der Bedrohung im § 240 nur eine mehr o. minder willkürliche Einschränkung des Vergehenstatbestandes der Nötigung gegenüber dem Deliktstatbestande derselben enthält (§ 240 N. 6). Es ist aber RG. IV 13. Dez. 01 G. 48 451 zuzugeben, daß ausnahmsweise Idealkonk. dann vorliegen kann, wenn mit einer u. derselben Drohung zwei Zwecke verfolgt werden, von denen der eine dem § 253, der andere nur dem § 240 entspricht.

c) § 249. Das Verhältnis der Erpressg. zum Raube ist vielfach bestritten. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden ist der, daß der Angegriffene bei der Erpressg. zu einer auf seinem Entschlusse beruhenden Handlung ꝛc. genötigt (N. 6_2), beim Raube aber in volle Passivität versetzt wird (§ 249 N. 3b); so auch RG. I 30. März 82 R. 4 288, die Absicht der Wegnahme allein genüge nicht zur Vollendung des Tatbestandes des Raubes, wenn nicht auch die beabsichtigte Wegnahme unmittelbar durch die Gewalt ꝛc. bewirkt werde; deshalb liege Erpressg., nicht Raub, vor, wenn die Sache durch den Inhaber, obschon in Folge des Zwanges, herausgegeben werde. Der von den Motiven hervorgehobene fernere Unterschied, daß der Raub auf die rechtswidrige Aneignung (richtig: Wegnahme behufs Aneignung) einer Sache beschränkt sei, während das Wesen der Erpressg. darin bestehe, daß sie den Bedrohten zu einer „Handlung ꝛc." nötige, durch die der Täter den beabsichtigten Vermögensvorteil erwerben wolle, ist nicht so wesentlich; denn er läßt eine Verschiedenheit beider Delikte nicht hervortreten, wenn z. B. bei der Erpressung der Vorsatz des Täters dahin geht, den anderen zu nötigen, „die Wegnahme einer diesem gehörigen Sache aus seinem Gewahrsam zu dulden"; so auch v. Liszt S. 477, der diesen Fall als Erpressung erachtet, solange nicht die Mittel des Raubes angewendet werden, im übrigen aber S. 443 den Raub als ein gegen den Gewahrsam, mittelbar gegen das Eigentum an beweglichen Sachen, die Erprssg. als ein gegen das Vermögen überhaupt gerichtetes Delikt ansieht; vgl. andererseits jedoch Frank N. 1_2, Raub unterscheide sich generisch von der Erpressung dadurch, daß der mit Gewalt o. Drohung Angegangene dadurch zu einer Vermögensdisposition weder genötigt werden solle, noch werde. Ebenso verhält es sich mit dem Unterschiede, daß die Erpressg. ein Bereicherungsdelikt (N. 8, 10), der Raub dagegen kein solches ist (§ 249 N. 9_2); denn wenn, wie meist, die Absicht beim Raube gleichfalls auf rechtswidrige Bereicherung geht, so schwindet auch diese Verschiedenheit; vgl.: Villnow Raub S. 43, Binding Normen 2 563 N. 819. Die — namentl. von v. Liszt S. 443 u. Merkel S. 325 betonte — Verschiedenheit endlich der Qualität der Gewalt oder Drohung, die beim Raube im Vergleiche mit der einfachen Erpressg. (§ 253) allerdings vorliegt, entfällt im Vergleiche mit der räuberischen Erpressung gänzlich, da bei dieser sowohl die Gewalt wie die Bedrohung begrifflich von der gleichen Beschaffenheit wie beim

Raube sein muß; vgl. § 255 N. 2, 3. Der oben an die Spitze gestellte Unterschied zwischen Erpressg. und Raub beruht durchaus nicht lediglich auf der verschiedenen Intensität der angewandten Mittel; je nach der Persönlichkeit, gegen die sie zur Anwendung gebracht werden, wirken die Mittel verschieden, ja sie können nach Umständen auch auf eine und dieselbe Person verschiedenartig wirken. Weil aber denkbarerweise durch eine als eine und dieselbe Hdlg. sich darstellende Gewaltanwendung oder Bedrohung der Angegriffene zunächst kraft eigenen Entschlusses zu einer Duldung rc. sich verstehen, demnächst aber in völlige Passivität versinken kann (oder umgekehrt), so ist auch die von H. Meyer S. 592 u. Katz GS. **31** 424 wegen der eingangs bemerkten wesentlichen Verschiedenheit beider Delikte für ausgeschlossen erachtete Idealkonk. (§ 73) denkbar. Die Möglichkeit einer solchen muß auch von allen denen bestritten werden, die den Raub für das speziellere Delikt gegenüber der Erpressg. ansehen, wie namentl. v. Liszt, nach dem der Raub sowohl durch die größere Intensität der Mittel als auch durch die spezielle Richtung gegen den Gewahrsam (das Eigentum) den engeren Tatbestand enthält. Von diesem Standpunkte aus, den insbs. **RG.** II 23. Sept. 81 E. **4** 429, Merkel HH. **4** 417 u. v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 6, 9, 56 vertreten, kann nur Gesetzeskonk. (§ 73 N. 12 ff.) für möglich erachtet werden; Binding Lb. **1** 373 nimmt Absorbtion der Erpressg. durch das intensivere Verbr. des Raubes an.

d) § 259; vgl. das. N. 28 b.

e) § 263; vgl. daselbst N. 56 f sowie v. N. 2, 8, 9, 10.

f) § 289; vgl. daselbst N. 15 b.

g) § 302 a; vgl. daselbst N. 15 a.

h) § 362₂ (Betteln unter Drohungen o. mit Waffen); vgl. daselbst N. 3 b aE.

i) KonkursO. § 243; vgl. daselbst.

Zu § 253. N. 14—17.

14) § 253 enthält den Tatbestand der sog. einfachen Erpressung (N. 2 ff.) im Gegensatz zu den in den §§ 254, 255 behandelten Fällen der qualifizierten Erpressung.

Einer besonderen Erörterung bedarf jedoch der Begriff „Gewalt" (N. 4). Da im § 255 die „gegen eine Person" gerichtete Gewalt einen straferhöh. Umst. bildet, so schließt die insoweit speziellere Bestimmung des § 255 den § 253 aus und es erhellt daraus, daß in letzterem nur eine Gewalt gemeint sein kann, die im Sinne des § 255 nicht „gegen eine Person" gerichtet ist; daß sie im weiteren S. gegen die Person des Genötigten sich richten müsse, ist hier so selbstverständlich wie bei der Nötigung; so Geyer **2** 58 u. H. Meyer S. 589 (502), 591, die im übrigen einen auf einem Redaktionsfehler beruhenden unlösbaren Gesetzeswiderstreit zwischen den §§ 253, 255 annehmen; auch Binding Hb. **1** 462 N. 14 u. Lb. **1** 380 N. 4 nimmt einen Redaktionsfehler an, neigt aber im Lb. dem v. Wächterschen Lösungsversuche zu (§ 255 N. 2) u. findet Lb. **1** 377 N. 4 zwischen der Gewalt des § 253 u. der des Raubes (§ 249 N. 4 a) keinen Unterschied, während Thurow Erpressung S. 18 weder einen unlösbaren Widerstreit, noch auch nur einen scheinbaren Widerspruch annimmt. Es darf daher die Gewalt im § 253 nach der Fassung des § 255 („Gewalt gegen eine Person", nicht aber „Gewalt gegen die Person des Genötigten") nur Gewalt an Sachen, freilich mit der mittelbaren Richtung gegen die Person des Genötigten sein; so im wesentlichen: Merkel HH. **3** 726, **4** 417, Villnow Raub S. 22, 50, namentl. aber Hälschner **2** 379 u. GS. **35** 20, nach dem für § 253 nur übrig bleiben soll „eine jede gegen Sachen gerichtete und als vis absoluta gegen Personen wirkende Gewalt" (die als vis compulsiva wirkende subsumiert er unter „Drohung"). „Gewalt schlechthin" verlangt v. Liszt S. 477 und ihm sich anschließend Stern Nötigg. u. Erpressg. S. 78, während eine „Gewalt gegen Sachen" als solche im § 253 gemeint erachten: Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 2, Wanjeck G. **27** 199, welche Ansicht v. Wächter u. Katz GS. **27** 165, **31** 432, für einen „unmöglichen" Auslegungsversuch erklären. Dagegen will v. Buri GS. **29** Beilageh S. 13, 56, „neben der Gewalt gegen Sachen nur die geringere Gewalt gegen Personen" zulassen, während nach v. Schwarze N. 4 auch im § 253 „Gewalt gegen die Person", im § 255 aber wegen der Höhe der Strafe „vis violenta" gemeint sein soll.

Nach der Ausführung im Abs. 2 schließt die „durch Gewaltanwendung" verübte einfache

Erpressg. eine Körperverletzung des Genötigten nicht in sich, im Gegenteil findet, wenn eine solche vorliegt, § 255 Anwendung; immerhin aber kann Idealkonk. (§ 73) zwischen § 253 und §§ 223 ff. deshalb stattfinden, weil auch im Falle des § 253 eine, als Körperverletzung sich qualifizierende, Gewalt an einer Person — nämlich einem Dritten — ausgeübt sein kann.

15) Ein Versuch, der im Abs. 2 für strafbar erklärt ist, erscheint denkbar, trotzdem die Erpressung begrifflich die Erreichung des angestrebten Vermögensvorteiles nicht erfordert (§ 43 N. 28 b). Mit Rücksicht auf diesen Umstand liegt ein Versuch dann vor, wenn der Täter zwar Gewalt oder Drohung anwendete, dadurch aber den anderen zu der btr. Hdlg. rc. zu bestimmen nicht vermocht hat (N. 6₂); so die GM., insbs., außer den Motiven: RG. II 12. März 80 R. 1 453, I 6. Juni 01 E. 34 279. Subjektiv genügt für den Versuch, wenn nach Vorstellung des Drohenden die von ihm in Aussicht gestellte Maßregel geeignet ist, bestimmend auf die Willensentschließung des Bedrohten einzuwirken; ob der Kundgebung diese Eigenschaft wirklich beiwohnte, ist unerheblich; RG. II 3. Apr. 94 E. 25 254.

Unrichtig hat aber RG. III 23. Apr. 85 R. 7 248 (ORA. entgegen) — bezugnehmend auf E. 11 72 btr. § 263 (das. N. 53 c) — einen Erpressungsversuch für vorliegend angenommen, wenn der durch eine Drohung angestrebte Vermögensvorteil objektiv nicht rechtswidrig war, aber vom Täter für rechtswidrig gehalten wurde. Es liegt hier ein sog. Putativdelikt (T. I Abschn. 4 N. 1₂) vor; der Täter hat seine Hdlg. zwar unter eine vorhandene Norm subsumiert, allein ihr fehlte das Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit des angestrebten Vermögensvorteiles, während er es als vorhanden annahm; die Drohung war deshalb straflos, und unmöglich kann irrtüml. Annahme des Täters, die konkret erlaubte Handlung sei verboten, seine Hdlg. irgendwie, auch nur als Versuch, strafbar machen; gegen die Ansicht des RG. ferner: Frank N. v, Baumgarten Versuch S. 356, Thurow Erpressung S. 61.

Wg. der Frage, ob § 46² Anwendung finden könne, vgl. das. N. 20.

16) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist Gefängnis von 1 Mt.—5 J. (§ 16). Wegen der Nebenstrafe vgl. § 256 N. 1.

Der Versuch (N. 15) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

17) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren; die Verjährung beginnt mit dem Tage, an dem die Nötigungshdlg. verübt wurde, nicht erst an dem Tage, an dem der Genötigte die erzwungene Hdlg. vornahm; das. N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 254.

Wird die Erpressung durch Bedrohung mit Mord, mit Brandstiftung oder mit Verursachung einer Ueberschwemmung begangen, so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu erkennen.

PrStGB. § 235 Abs. 2. Entw. I § 231 Abs. 2, II § 249.

1) § 254 enhält einen Fall der qualifizierten Erpressung (§ 253 N. 1), jedoch nicht der Erpressung im allgemeinen, sondern nur der durch „Drohung" begangenen, da das im § 254, in Übereinstimmung mit den §§ 240, 241, gebrauchte Wort „Bedrohung" mit der „Drohung" im § 253 (das. N. 5) gleichbedeutend ist; es sind deshalb die N. 2, 3, 5—13 zum § 253 zu vergleichen.

2) Der i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. liegt darin, daß die gebrauchte Drohung (Bedrohung) von besonderer Beschaffenheit ist; es wird aber weder für genügend erachtet, daß mit einer verbotenen Hdlg., noch, daß mit einem V. o. V. (§ 240), noch, daß mit einem Verbr. (§ 241) gedroht werde, vielmehr erfordert der Tatbestand der schweren Erpressung aus § 254, ähnlich dem die Androhung „eines gemeingefährl. Verbr." voraussetzenden § 126, eine Bedrohung mit gewissen schweren, zum Teil gemeingefährlichen, unter sich gleichwertigen u. deshalb eine alternative Feststllg. zulassenden (Wertheimer Mischgesetze S. 54), Verbr., nämlich:

a. mit **Mord**, d. h. dem Verbr. aus § 211, nicht auch mit „Totschlag" (vgl. § 255 N. 3; aM.: Schütze S. 457 N. 26, Rubo N. 2) oder

b. mit **Brandstiftung** (§§ 306—308, 311 — das. N. 1b; vgl. auch § 265 N. 1b), oder

c. mit **Verursachung einer Überschwemmung** (§§ 312, 313).

Mit § 126 kann Idealkonk. (§ 73) vorliegen; die weitergehende Auffassung der Motive ist unzutreffend.

3) Der **Dolus** bei der schweren Erpressung aus § 254 ist offenbar kein anderer als bei der einfachen (§ 253 N. 10, 11); denn es handelt sich zweifellos nur um ein in der Intensität der Drohung beruhendes Strafbarkeitsmerkmal.

4) Die **Hauptstrafe** des **vollendeten** Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), **neben** dem nach § 32 BdER. erkannt werden kann; vgl. außerdem § 256 N. 2.

Der **Versuch** des Verbr. (§ 253 N. 15) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

5) Die **Strafverfolgung verjährt** nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 253 N. 17.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[2].

§. 255.

Wird die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen, so ist der Thäter gleich einem Räuber zu bestrafen.

PrStGB. § 236. Entw. I § 232, II § 250.

1) Der die **schwersten Fälle** (s. jedoch N. 4_2) der Erpressung (§ 253 N. 1) — die in den Motiven sog. **räuberische Erpressung** — behandelnde § 255 enthält, abweichend vom § 254 (das. N. 1), sowohl für den Fall der Nötigung durch Gewalt als auch für den durch Drohung je einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 **straferhöhenden Umstand**; es sind deshalb die N. 2—13 zum § 253 zu vergleichen.

Handelt es sich nicht um einen Fall des **Raubes**, so findet auch § 139 (das. N. 1e) auf § 255 keine Anwendung.

2) Daraus, daß im Falle des § 255, wie beim Raube (§ 249 N. $4a_2$), die „**Gewalt gegen eine Person**" gerichtet sein muß, ergibt sich einerseits, daß bei der räuberischen Erpressg. die Gewalt gegen **Sachen** ausgeschlossen ist, andererseits, daß bei der einfachen Erpressg. gerade **nur diese** Gewalt in Betracht kommt (§ 253 N. 14). Die Annahme v. Wächter's (GS. **27** 173), die Worte „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" seien auch auf Erpressung „durch Gewalt" zu beziehen, ist von vornherein sprachlich bedenklich; dazu kommt, daß die Fassung des § 255 in Anlehnung an § 249 erfolgt ist, daß aber niemand daran denkt, die hervorgehobenen Worte dort gleichfalls in eine Verbindung mit der „Gewalt" zu bringen; wie übrigens bei der Nötigung auch die gegen einen Dritten angewendete Gewalt ein zulässiges Mittel ist (§ 240 N. 5d) u. ein gleiches hinsichtlich der Erpressung gilt (§ 253 N. 7_2), so reicht auch die an einem **Dritten** verübte Gewalt nach der Wortfassung des § 255 hin, dessen Tatbestand zu erfüllen, da nur erfordert wird „Gewalt gegen eine Person", d. h. an einer beliebigen Person (sofern nur diese Gewalt kausal zu wirken geeignet ist), nicht aber an der Person des Genötigten selbst.

Darüber, daß durch die „mit Gewalt gegen eine Person" verübte räuberische Erpressung der Tatbestand der einf. **Körperverletzung** eingeschlossen und somit die Anwendung des § 223 durch das speziellere Gesetz ausgeschlossen wird, vgl. § 249 N. 10a; Rüb.-St. N. 1.

3) Die „**Drohungen**" müssen bei der räuberischen Erpressung solche „**mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben**" sein; vgl. deshalb §§ 52 N. 8f., 176 N. 7. Hierunter fallen, außer den Drohungen mit sofortiger Ermordung (§ 254 N. 2a), auch die Bedrohungen mit „Totschlag", falls dessen Ausführung unmittelbar zu gewärtigen ist; Billnow Raub S. 51, v. Buri, Katz, GS. **29** Beilageh. S. 68, **31** 438.

4) Da der Täter auch hier, wie im Falle des § 252, „**gleich einem Räuber zu bestrafen**" ist, so ist, wie in N. 12 zum § 252, wegen der **Strafe**, **Verjährung** und **Zuständigkeit** auf die entsprechenden Noten zu den §§ 249—251 zu verweisen.

Hervorzuheben ist jedoch als ein Redaktionsfehler, daß hier nicht nur in den dem § 249, sondern auch in den dem § 250 entsprechenden Fällen die Annahme mild. Umst. und folglich auch Gefängnis zulässig ist, während im Falle des § 254 bei niedrigerem Höchstbetrage stets auf Zuchthaus erkannt werden muß; Geyer GS. 27 383.

§. 256.

Neben der wegen Erpressung erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und neben der wegen Raubes oder Erpressung erkannten Zuchthausstrafe auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. §§ 231, 235, 236. Entw. I §§ 227 Abs. 3, 231, 232, II § 251.

1) Wegen des Verlustes der bEN., der „neben der wegen Erpressung erkannten Gefängnisstrafe" (d. h. also im Falle des § 253) erkannt werden kann, vgl. § 32.

2) Wegen ZulPolAuff. „neben der wegen Raubes oder Erpressung erkannten Zuchthausstrafe" vgl. §§ 38 N. 3, 45 N. 5.

Einundzwanzigster Abschnitt.
Begünstigung und Hehlerei.

1) Während noch der Entw. I, im Anschluß an das PrStGB., die „Begünstigung" in den T. I Abschn. 3 verwies, schloß der Entw. II die Begünstigung von der Teilnahme aus, da „die Tätigkeit des Begünstigers erst der vollendeten Tat nachfolge, mit ihr selbst daher unmittelbar nicht in Verbindung stehe". Wurde hiernach von der Auffassung ausgegangen, daß die Begünstigung ein selbständiges Vergehen sei, so erschien nach den Motiven die gemeinsame Behandlung der „Begünstigung" in Einem Abschnitte mit der „Hehlerei" um so mehr geboten, „als sich die Begünstigung von der eigentlichen „Hehlerei", d. h. der Hehlerei in betreff von Personen, nur dadurch unterscheidet, daß zwar nicht bei der Begünstigung, wohl aber bei der Hehlerei, die Handlung um des eigenen Vorteils wegen geschieht". Auch dieser Unterschied ist im StGB. selbst in Wegfall gekommen; denn nach der von der RTKommission gegenüber dem Entw. II beschlossenen und demnächst zum Gesetz erhobenen Abänderung wird die „Begünstigung" (§ 257) dadurch qualifiziert, daß der Beistand vom Begünstiger „seines Vorteils wegen" geleistet wird; infolgedessen erscheint die Personenhehlerei (§ 258 N. 2) nur als eine besondere Art der „des Vorteils wegen" geleisteten Begünstigung; trotzdem wird sie im Gesetze als Hehlerei bezeichnet. Diesen Delikten tritt alsdann im § 259 die Hehlerei in betreff von Sachen, die sog. Partiererei, gegenüber, während die §§ 260—262 Bestimmungen enthalten, die gemeinschaftlich sowohl auf die Personen- als auch auf die Sachenhehlerei sich beziehen.

Daß Abschn. 21 die Materie der Begünstigg. u. Hehlerei i. S. des EG. § 2 habe regeln wollen, ist anzunehmen; Binding Hb. I 321.

2) Die Begünstigung soll nach den Motiven ein selbständiges Verg., „wenn auch von akzessorischer Natur" sein; wie die Begünstigung in ihren beiden Formen (§ 257 N. 7, 34), so steht auch die Hehlerei sowohl in betreff von Personen als auch in betreff von Sachen in einer gewissen „Relativität" (vgl. Gretener Begünstigg. S. 103 N. 43) zu anderen strafb. Hdlgen (§§ 258 N. 2, 259 N. 1, 3 ff.).

Die Relativität sowohl der Begünstigg. wie der Hehlerei erhellt auch aus der Bestimmung des GVG. § 27[8], wodurch die Zuständigkeit der Schöffengerichte „für das Vergehen der Begünstigung und für das Vergehen der Hehlerei in den Fällen des § 258[1] und des § 259 des StGB." begründet wird, „wenn die Handlung, auf welche sich die Begünstigung oder die Hehlerei bezieht, zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehört".

3) Nach StPO. § 3 begründet die Beschuldigung mehrerer Personen bei einer strafb. Hdlg. als Täter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler einen Zusammenhang im prozessualen Sinne.

§. 257.

Wer nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Thäter oder Theilnehmer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vortheile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, ist wegen Begünstigung mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und, wenn er diesen Beistand seines Vortheils wegen leistet, mit Gefängniß zu bestrafen. Die Strafe darf jedoch, der Art oder dem Maße nach, keine schwerere sein, als die auf die Handlung selbst angedrohte.

Die Begünstigung ist straflos, wenn dieselbe dem Thäter oder Theilnehmer von einem Angehörigen gewährt worden ist, um ihn der Bestrafung zu entziehen.

Die Begünstigung ist als Beihülfe zu bestrafen, wenn sie vor Begehung der That zugesagt worden ist. Diese Bestimmung leidet auch auf Angehörige Anwendung.

PrStGB. §§ 37, 38. Entw. I §§ 43, 44, II § 252. StB. S. 1173 f., 1176.
Vgl. MStGO. § 63[1].

Zu § 257 Absatz 1. N. 1—40. — Einfache Begünstigung. N. 1—37.

1) Der Tatbestand der Begünstigung, wie er im § 257 aufgestellt worden, ist ein sog. **Mischtatbestand**, denn als Begünstiger soll strafbar sein, „wer nach Begehung eines Verbr. o. Verg. dem Täter oder Teilnehmer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen, oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern“.

Die Ansicht, daß beide Mischtatbestände nur durch die Verschiedenheit des verfolgten Zweckes sich unterschieden, ist falsch; denn es erhellt, daß die wissentliche Beistandsleistung, d. h. also die äußerliche Hdlg., gleichfalls eine ganz verschiedene sein muß (N. 7 ff., 34).

je nachdem dem Täter oder Teilnehmer zu dem einen oder zu dem anderen Zwecke Beistand geleistet wird. Da endlich selbst die mit denselben Worten „nach Begehung eines V. o. V." bezeichnete Voraussetzung beider Arten der Begünstgg. in Wahrheit keineswegs die gleiche ist, so erscheint es geboten, jede einer gesonderten Erläuterung zu unterziehen.

Es ergibt sich hieraus, daß es um ein kumulatives, eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) ausschließendes, Mischgesetz sich handelt; Wertheimer Mischgesetze S. 54, jetzt auch Binding Lb. 2 666 N. 1 (abweichend früher Hb. 1 560 f. N. 8[b]); dagegen nimmt RG. I 26. Sept. 81 E. 5 23 an der alternativen Feststllg. keinen Anstoß, auch Köhler GS. 61 66, 81 hält sie für zulässig.

Persönliche (oder echte) Begünstigung. N. 2—28.

2) Erfolgt die Beistandleistung zum Zwecke: „um den Täter oder Teilnehmer der Bestrafung zu entziehen", so liegt die persönliche oder von Binding, Normen 2 565, sogenannte echte Begünstigung vor; sie verstößt gegen das Verbot der Vereitelung von Strafansprüchen des Staates. Die GM. behauptet einen einheitlichen Charakter beider Arten der Begünstgg. und findet ihn in einer Tätigkeit, die darauf abzielt, den verletzten Zustand der Rechtsordnung durch Hinderung der rechtlichen Tilgung des Deliktes zu einem dauernden zu machen (N. 1_2).

Die Entstehung eines staatlichen Strafanspruchs — mag auch eine materiell ungerechte Verurteilung, ein sog. Justizmord vorliegen (aM. Binding Lb. 2 647) — bildet sonach die nächste Voraussetzung dieser Begünstigg. Denn derjenige, welcher ohne diese Voraussetzung dem Täter in der bezeichneten Absicht Beistand leistete, würde nur ein strafloses Putativdelikt verüben; so: Binding Lb. 2 646 u. Normen 2 468 N. 680, Oppenh.-D. N. 19, Rüd.-St. N. 12, Gretener Begünstgg. S. 139, Samuely GS. 32 8; aM.: v. Schwarze GS. 24 376, Herzog GS. 24 461 u. G. 29 127.

Die weitere Voraussetzung ist, daß der Strafanspruch noch nicht, sei es durch Unterlassung der Stellung des erforderlichen Strafantrags innerhalb der Antragsfrist (§ 61), sei es durch Verjährung der Strafverfolgung o. der Strafvollstreckung (§ 66), sei es durch Abolition, Verbüßung oder Begnadigung 2c., erloschen sei; Binding Lb. 2 648 u. Normen 2 565, Oppenh.-D. N. 19, Gretener aO. 138, Herzog, Waldthausen, G. 29 131 N. 10, 136, 400, Köhler GS. 61 52.

3) Die Worte „nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens" bezeichnen gemäß dem in N. 2 Bemerkten als Voraussetzung der persönlichen Begünstigung regelmäßig ein strafbares V. o. V.; so die GM.

Eigentümlich aber liegt das Verhältnis bei den sog. Antrags- bzw. Ermächtigungsdelikten, bevor der Antrag auf Bestrafung gestellt bzw. die Ermächtigung erteilt ist; hier ist zwar die Strafpflicht des Staates und somit auch sein Strafanspruch noch nicht wachend, vielmehr durch die Stellung des Strafantrages bedingt (§§ 61 N. 1, 99 N. 4); allein dadurch ist bereits die Möglichkeit gegeben, daß dem zukünftigen Strafanspruche des Staates entgegengewirkt werde; denn noch bevor das Antragsdelikt durch Stellung des Strafantrages ein strafb. Verg. geworden, kann jemand zweifellos seinen Dolus durch Beistandleistung dahin betätigen, daß der Täter oder Teilnehmer alsdann, wenn der Antrag auf Bestrafung demnächst gestellt sein sollte, der Bestrafung entzogen werde. So: Binding Lb. 2 648, Hälschner 2 874, v. Liszt S. 599, H. Meyer S. 257, Gretener Begünstgg. S. 151; zu demselben Ergebnis, wenn auch aus anderen Gründen, gelangen ferner Samuely GS. 32 10 ff., 28 (durch Begehung eines Antragsdeliktes sei zwar für den Staat noch keine „Strafpflicht", wohl aber ein „Strafanspruch mit bedingter Verfolgbarkeit" entstanden) u. Herzog G. 29 136. Die Strafbarkeit der eben charakterisierten Handlungsweise hängt aber von der späteren Stellung und Nichtzurücknahme des Antrages ab; denn ohne diese wird der zur Zeit der entwickelten Beistandstätigkeit noch bedingte staatliche Strafanspruch überhaupt nicht existent; es fehlt also auch für alle Zukunft an der die Voraussetzung der persönlichen Begünstigung bildenden Entstehung eines staatlichen Strafanspruches und liegt somit dann nur ein Putativdelikt vor (N. 2); so sachlich übereinstimmend auch Binding Hb. 1 637 u. Lb. 2 648 (abweichend früher Normen 2 569).

Die Folge hiervon ist, daß auch die durch Gewalt, Drohung oder List bewirkte Hintertreibung der Antragstellung niemals als Begünstgg. strafbar sein kann; da ferner die „vorsätzlich widerrechtliche Hinderung der Entstehung staatlicher Strafansprüche" unter ein besonderes Strafgesetz nicht gestellt ist, so kann jene Hdlg. nur insofern strafbar sein, als sie in ihrer konkreten Gestaltung unter ein Strafgesetz, z. B. unter § 240, fällt; so: Geyer 2 152, Hälschner 2 875, Meves StrZ. 13 521, Gretener Begünstgg. S. 152, Samuely GS. 32 11, Waldthausen G. 29 397; aM.: Binding Hb. aO. (vgl. aber auch Lb. 2 653 f.), Merkel HH. 4 428, H. Meyer S. 256, Kohler Studien 1 158, Köhler GS. 61 59. Dagegen liegt persönliche Begünstgg. vor, wenn die Zurücknahme eines Strafantrags durch Gewalt, Drohung oder List bewirkt wird, weil alsdann in rechtswidriger Weise die Befriedigung eines nach Eintritt der fehlenden Bedingung bereits entstandenen Strafanspruches vereitelt wird; so: Gretener aO., Samuely aO. S. 12 N. *; aM.: Hälschner 2 875, v. Schwarze N. 17, Waldthausen aO., Köhler aO. Vgl. auch Frank N. v 1 c, der für beide Fälle annimmt, daß bei Nötigung des Antragsberechtigten zu seinem Verhalten (§ 240) Begünstgg. vorliegen könne.

4) In der Wendung nach Begehung eines „Verbrechens oder Vergehens" bezeichnen sonach die hervorgehobenen Worte eine Hdlg., die an sich oder wenigstens nach Stellung eines Strafantrages strafbar ist, und zwar als „Verbrechen oder Vergehen" i. S. des RStGB. § $1_{1,2}$ und des MStGB. § 1 (vgl. T. I Abschn. 3 N. 10); so insbs. in letzterer Beziehung: RG. III 1. Feb. 82 E. 6 7 (btr. Begünstigg. der Fahnenflucht), II 1. Apr. 87 E. 15 396 (allgemein u. insbs. btr. Begünstgg. des im MStGB. § 92 vorgesehenen Verg.), Binding Lb. 2 646, Oppenh.-D. N. 4, Hecker G. 30 136 u. Abhandlungen S. 74 f., Nagler Teiln. am Sonderverbr. S. 116 N. 4; aM. F. Koppmann Teiln. an milit. Delikten S. 33 f. Haltlos erscheint die Ansicht, daß unter „V. u. V." nur die im StGB. selbst bedrohten zu verstehen seien; zit. RG. E. 15 396.

Die Begünstigg. einer Übertretung i. S. des RStGB. § 1_3 ist daher straflos, soweit sie nicht durch die besonderen Vorschriften des im EG. § 2_2 in Kraft erhaltenen Reichs- u. Landesstrafrechts mit Strafe bedroht ist, wie z. B. durch PrFDG. § 5 u. PrFFPG. §§ 6, 8; so: RG. IV 21. Okt. 98 E. 31 285, v. Liszt S. 598; aM. Binding Lb. 2 647. Wird aber eine an sich als Übertretung strafb. Hdlg. durch die Rückfälligkeit des Täters zu einem Verg., so bezieht die Begünstgg. sich objektiv auf ein Verg. und ist deshalb strafbar; so: Binding Lb. aO. u. Normen 2 566 N. 827, Oppenh.-D. N. 4, Waldthausen G. 29 390; aM. Merkel HH. 3 739 N. 1.

Die „Begünstigung" selbst ist nach § 257 ein Verg.; daher ist zweifellos auch eine persönliche Begünstgg. des Begünstigers oder eines Teilnehmers an der Begünstgg. (N. 8) denkbar (vgl. auch noch N. 27); so die GM.; aM. Villnow Raub S. 73.

5) „Nach Begehung eines V. o. V." findet die Begünstgg. statt; liegt ein beendigter strafb. Versuch eines V. o. V. vor, so ist die Voraussetzung der Begünstgg. gleichfalls gegeben; so die GM. Im übrigen bildet die Voraussetzung für die persönliche Begünstgg. (s. jedoch N. 33) die juristische Erfüllung des vollendeten oder nur versuchten V. o. V.; denn sobald durch die juristische Erfüllung ein staatlicher Strafanspruch entstanden ist, kann eine Tätigkeit entwickelt werden, um den Täter oder Teilnehmer der Bestrafung zu entziehen; H. Meyer S. 257.

Setzt die strafb. Hdlg. nach der juristischen Erfüllung sich fort, so kann mit der Begünstgg. eine gleichzeitige oder nachfolgende Teilnahme am Verbr., insbs. Beihilfe, konkurrieren (RG. III 5. März 88 E. 17 227), desgleichen, wenn nach Abschluß der, mindestens einen strafb. Versuch enthaltenden, Handlung des Täters der Erfolg noch aussteht (N. 27); Merkel HH. 3 739 N. 4, H. Meyer aO., Oppenh.-D. N. 5.

6) Die vorherige Begehung (N. 5) eines „V. o. V." muß festgestellt worden sein, wenn eine Verurteilung wegen Begünstgg. erfolgen soll; dabei erscheint eine alternative Feststllg. zulässig, weil das Gesetz — abgesehen von den schwereren Straffällen des § 258 — kein Gewicht darauf legt, welches V. o. V. begangen sei, sd. jedes V. o. V. ein geeignetes Vordelikt für die Begünstgg. ist; Ostern Alternativität S. 156 N. 9. Daraus folgt aber

nicht, wie in den früheren Aufl. des Komm. angenommen wurde, daß aus der Feststllg. nur hervorzugehen brauche, es sei ein „V. o. V." in dem N. 3 erläuterten S. begangen worden und sei die — wenn auch nur alternative — Feststllg. hinsichtlich des speziellen verübten „V. o. V." nicht erforderlich; diese Notwendigkeit ergibt sich vielmehr aus S. 2 des Abs. 1; so mit Recht Oetker GS. **64** 124. Im Falle alternativer Feststllg. kann für die Strafbemessung natürlich nur das mildere „V. o. V." zugrunde gelegt werden. Anders i. F. des § 259 (das. N. 7).

7) Die äußere Handlung der persönl. Begünstgg. besteht darin, daß „dem Täter oder Teilnehmer Beistand geleistet wird, um denselben der Bestrafung zu entziehen." Wie die Hilfeleistung im § 49 zwar in der mannigfachsten Weise geschehen kann, aber dadurch hinreichend charakterisiert wird, daß sie „zur Begehung des V. o. V." geleistet sein muß, so ist auch die „Beistandleistung" (vgl. § 90[5]) bei der persönl. Begünstgg. an sich durch Hdlgen verschiedenster Art denkbar; ihre nähere Bestimmung tritt aber durch den vom Begünstiger verfolgten Zweck ein (N. 12).

Zeigen sich auch unleugbar (N. 8—12) eine Reihe von Analogieen zwischen der „Hilfeleistung" i. S. des § 49 und der „Beistandleistung" i. S. des § 257, so bleibt doch zwischen beiden Hdlgen ein fundamentaler Unterschied bestehen, der davor warnen muß, in der Ziehung von Analogieen zu weit zu gehen (vgl. Binding Normen 2 566 N. 822). Die „Beihilfe" ist eine lediglich akzessorische Deliktsform (§ 49 N. 1); ist es auch nicht erforderlich, daß der Täter der Beihilfe sich bewußt sei (§ 49 N. 17), so ist doch die Beihilfe ohne die „Täterschaft" eines anderen in derselben verbrecherischen Richtung nicht denkbar. Anders die als persönl. Begünstgg. sich darstellende „Beistandleistung"; diese ist gerade entgegengesetzt eine in ihrer äußeren Erscheinung völlig selbständige Hdlg., die nur durch die dem Begünstiger beiwohnende Absicht der Strafentziehung in eine gewisse Relativität zu einer von einem anderen bereits begangenen strafb. Hdlg. tritt (vgl. Abschn. 21 N. 2); so: **RG.** I 7. Apr. 81, IV 9. Jan. 03, E. **4** 60, **36** 76, Hälschner **2** 876, Oppenh.-D. N. 6, 7, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 1, Gretener Begünstgg. S. 141, Waldthausen G. **29** 394; aM.: Schütze S. 162 N. 4, Rubo N. 4, Villnow Raub S. 83. Während letzterer behauptet, daß ein Beistand nicht geleistet werden könne, „wenn der Täter das, wozu der Beistand geleistet werden solle, gar nicht tue", und v. Buri GS. **29** 46 in einem solchen Falle versuchte (straflose) Begünstgg. annimmt, ist vielmehr mit den Vertretern der ersteren Ansicht dafür zu erachten, daß Beistandleistung i. S. des § 257 auch bei völliger Untätigkeit, ja Unkenntnis des Begünstigten möglich sei; zit. **RG.** E. **36** 76, Binding Lb. **2** 650 N. 3. Selbst gegen den Willen des Täters ist dessen persönl. Begünstgg. denkbar; denn wenn auch jener der Bestrafung sich nicht entziehen will, so kann doch ein Dritter durch Vernichtung der Spuren ꝛc. die Feststellung der Schuld erschweren, vielleicht sogar die Verurteilung wegen eines bestimmten V. o. V. unmöglich machen; der Wille des Begünstigten selbst ist also nicht unbedingt imstande, den objektiv geleisteten Beistand zu beseitigen; diesen sachlichen Gesichtspunkten gegenüber erscheinen auch die aus dem Worte „Beistand" hergenommenen Bedenken nicht gerechtfertigt; ebenso zit. **RG.** E. **36** 76 u. Binding aO.; aM.: Hälschner **2** 877, Gretener, Waldthausen aO., Raff Begünstgg. dch. Zhlg. einer Geldstr. (Diss. München 1892) S. 20, persönl. Begünstgg. auch gegen den Willen des Begünstigten sei zwar möglich, allein das Gesetz fordere einen Beistand, der in solchem Falle nicht denkbar sei.

8) Wie die Beihilfe (§ 49 N. 22), so kann auch der Beistand bei der Begünstgg. sowohl dem Täter als auch dem Teilnehmer (§ 50) geleistet werden. Daß § 257 unter dem „Täter oder Teilnehmer" eine vom Begünstiger verschiedene Person im Auge habe, daß also die Selbstbegünstigung nicht strafbar sei, nimmt die GM., insbs. **RG.** I 7. Apr. 81, II 28. Feb. 91, E. **4** 60, **21** 375 mit Recht an (vgl. übrigens N. 27).

9) Anstiftung und Beihilfe zur Begünstigung sind denkbar; so die GM.; aM. Villnow Raub S. 73, jede Beihilfe zur Begünstgg. sei stets Begünstgg. der Haupttat selbst.

10) Wie ferner durch die Beihilfe dem Täter eine Förderung des beabsichtigten Erfolges nicht zu Teil geworden sein braucht (§ 49 N. 8), so erfordert die Vollendung des Verg. der Begünstgg. auch nicht, daß die Beistandleistung zur Beeinträchtigung des Straf-

anspruchs geführt habe; so die GM., insbs. **RG.** II 7. Dez. 83, 28. Feb. 91, I 13. Feb. 90, IV 21. Sept. 97, 9. Jan. 03, 1. Apr. 90, E. **9** 242, **21** 375, **20** 233, **30** 232, **36** 76, G. **38** 65; aM.: v. Liszt S. 599 N. 5, H. Meyer S. 258, Frank N. v u. ZStrW. **12** 319, Rubo N. 4, v. Buri GS. **29** 38, Rethwisch Begünstgg. S. 51. Es ist somit in Wahrheit eine Versuchshdlg. unter eine selbständige Strafandrohung gestellt (§ 43 N. 28b); **RG.** III 20. Feb. 02 E. **35** 128, zit. E. **36** 76, Binding Lb. **2** 655 u. Normen **2** 454, Hälschner **2** 876, Gretener Begünstgg. S. 103. Dennoch aber muß die Beistandleistung wenigstens überhaupt geeignet sein, den fraglichen Erfolg herbeizuführen, ähnlich wie im Falle der Beih. der Gehilfe irgend etwas zur Erzeugung des konkreten Verbrechenstatbestandes beigetragen haben muß; denn sonst würde es in der Tat an der Leistung eines Beistandes im Einzelfalle fehlen; so: zitt. **RG.** E. **9** 242, **20** 233, **35** 128, **36** 76, **RMG.** I 26. Nov. 03 E. **6** 118, Binding Lb. **2** 655, Oppenh.-D. N. 17, Gretener aO.; aM.: Hälschner **2** 876, Meves G. **38** 66 N. 1.

Ob eine Hdlg. im einzelnen Falle eine wirkliche Beistandleistung darstellt oder bloß als ein vorbereitender Akt dazu erscheint, bemißt sich nach den konkreten Umständen; **RG.** I 9. Juni 87 E. **16** 157 (eine Hdlg., die als Begünstigungshdlg. angesehen werden solle, müsse auch als solche beabsichtigt sein; bloße Vorbereitung einer Tätigkeit, durch die Begünstgg. zu Teil werden solle, sei noch nicht selbst Begünstgg.).

11) Da die Begünstgg. gegen ein Verbot verstößt (N. 2), so ist sie ein Kommissivdelikt und kann folglich durch eine reine Unterlassung nicht begangen werden (§ 1 N. 3b); so die GM., insbs. **RG.** III 22. Nov. 83 E. **9** 433, lediglich in der Verweigerung der Auskunft gegenüber einer Polizeibehörde bezüglich des Aufenthalts einer Person, die einer strafb. Hdlg. bezichtigt worden, könne eine Begünstgg. nicht gefunden werden.

Wohl aber kann den allg. Grundsätzen gemäß die Begünstgg., wie die Beihilfe (§ 49 N. 12), durch eine Unterlassung begangen werden (T. I Abschn. 3 N. 3); so die GM., insbs. München KassH. 10. März 76 E. **6** 86. Unter dieser Voraussetzung kann auch die Nichtanzeige eines „begangenen V. o. V." eine Begünstgg. enthalten; so Oppenh.-D. N. 7; aM. Merkel HH. **3** 740.

12) Der Inhalt der Beistandleistung, die zweifellos, wie die Beihilfe im Falle des § 49 (das. N. 10 ff.), durch „Rat o. Tat" geschehen kann, wird bestimmt durch die Absicht des Begünstigers (hier gekennzeichnet durch „um ... zu"): „den Täter der Bestrafung zu entziehen". Hiernach ist das bloße Bewußtsein des Eintritts einer objektiven Beeinträchtigung des staatlichen Einschreitens gegen den Täter nicht ausreichend (**RG.** I 15. Mai 82 R. **4** 487, IV 10. Mai 92, 21. Sept. 97, 1. Feb. 99, E. **23** 105, **30** 232, **32** 24) und genügt deshalb insoweit Eventualdolus nicht (§ 59 N. 6); so: Frank N. VI 3, Köhler GS. **61** 57; aM. Binding Lb. **2** 657. Doch braucht die Absicht, den Täter der Bestrafung zu entziehen, nicht der Rücksichtnahme auf dessen Wohl entsprungen zu sein, vielmehr kann die Rücksicht auf eigene Interessen, z. B. um durch das Strafverfahren nicht selbst bloßgestellt zu werden, bestimmend gewesen sein (vgl. auch den straferhöh. Umst. N. 38); zit. **RG.** E. **32** 24, Frank, Köhler aO.

13) „Bestrafung" umfaßt i. S. des StGB. nicht nur die Verurteilung zu einer Strafe, sondern namentl. auch deren Verbüßung (vgl. § 244 N. 4); so die GM., insbs. **RG.** I 7. Apr. 81, 11. Juni 83, 9. Juni 87, E. **4** 60, 8 366, **16** 204, IV 17. Okt. 84, 9. Apr. 86, R. **6** 633, 8 275; aM.: John Entwurf S. 261 u. HH. **3** 150, Rethwisch Begünstgg. S. 49, auch Rubo N. 7, dem zufolge § 257 lediglich den Fall betrifft, in dem „es sich nur um den Antritt einer bereits erkannten oder noch zu erkennenden Strafe handeln soll" und zwar wesentlich deshalb, weil die Befreiung aus der Straftat bereits als selbständiges Verg. im § 120 berücksichtigt sei (vgl. u. N. 20). Dabei wird jedoch übersehen, daß auch der entwichene Sträfling begünstigt werden kann; Schütze S. 163 N. 9. Die Verabfolgung von Mitteln zum Selbstmorde an einem zum Tode Verurteilten ist Begünstgg.; Binding Lb. **2** 651 N. 3.

Da hiernach der Zweck, den Täter der Bestrafung zu entziehen, in gleicher Weise die Verhinderung der richterlichen Verfolgung, wie die des Vollzuges der erkannten Strafe umfaßt, so kann Verurteilung erfolgen, wenn nur alternativ festgestellt wird, der Begünstiger habe das eine oder das andere gewollt.

14) Wie die Eingangsworte des § 257 (N. 4_1) zeigen, muß es darum sich handeln, den Täter oder Teilnehmer der „Bestrafung wegen eines Verbrechens oder Vergehens" zu entziehen; geht die Absicht nur dahin, den Täter der Bestrafung wegen einer Übertretung oder wegen eines Disziplinarverg. zu entziehen, so liegt die für den Tatbestand der Begünstgg. erforderliche Absicht nicht vor; wohl aber dann, wenn beabsichtigt wird, den Täter der im Disziplinarwege erfolgenden Ahndung wegen eines der im § 3 des **EGMStGB.** bezeichneten militärischen Verg. zu entziehen.

15 a) Wegen der übertragenen Bedeutung des „Entziehens" vgl. § 235 N. 2; mit Unrecht versteht deshalb Rubo N. 6 darunter lediglich „Befreiung mittels Entfernens von dem jeweiligen Aufenthatsorte". Ebensowenig wie im § 137 (das. N. 9) wird auch hier zwischen einem dauernden und einem vorübergehenden Entziehen unterschieden; der strafwürdige Eingriff in die Rechtspflege liegt deshalb auch vor, wenn die Absicht dahin geht, der rechtzeitigen Bestrafung entgegen zu treten; **RG.** I 9. Juni 87 E. **16** 204. Wie ferner i. F. des § 137 (das. N. 10) das Entziehen ganz oder teilweise geschehen kann, so muß es auch hier für ausreichend erachtet werden, wenn der Begünstiger den Täter der Bestrafung nur teilweise entziehen will, worin namentl. auch liegt, daß es genügt, wenn beabsichtigt wird, die Verurteilung des Täters zu einer gelinden, dem Gesetze nicht entsprechenden Strafe herbeizuführen; m. a. W. „Bestrafung" ist zu verstehen als „gesetzliche Strafe" i. S. des § 346 (das. N. 2b); vgl. auch § 344 (N. 3a), wo „Unschuld" auch nur relativ zu verstehen.

b) Nicht in jeder Tätigkeit, die, auch trotz objektiv vorliegenden V. oder V. und trotz der Kenntnis davon, darauf abzielt, die Bestrafung des Täters zu verhindern, liegt ein „der Bestrafung Entziehen"; so kann selbst unter jener Voraussetzung eine innerhalb der gesetzlichen Grenzen sich haltende Verteidigung niemals als „Begünstigung" aufgefaßt werden. In dem Begriffe des „Entziehens" liegt vielmehr das Moment des Rechtswidrigen (Oppenh.-D. N. 11); es ist hier, wo es um öffentlich-rechtliche Verhältnisse sich handelt, dahin zu bestimmen, daß die Verhinderung der Bestrafung gegen die Grundsätze des öffentlichen Rechts verstoßen müsse (vgl. § 263 N. 45). Gegen diese verstößt es z. B. nicht, wenn der Verteidiger trotz Überzeugung von der Schuld seines Klienten auf Nichtschuldig plaidiert; denn die Pflicht des Verteidigers, seinen Klienten zu verteidigen, findet ihre Grenze nur im formellen und materiellen Strafgesetze selbst, während andererseits der Richter den unerwiesenen Angaben keinen Glauben zu schenken braucht; Frank N. V 1, v. Schwarze, Köhler GS. **24** 384, **61** 67; vgl. auch **RG.** I 17. Juni 04 E. **37** 321 sowie v. Lilienthal DJZ. **6** 101 ff. u. Binding Lb. **2** 651 N. 2.

16) Ist die Absicht darauf gerichtet, der Verurteilung entgegenzuwirken, so kann zweifellos eine „Beistandleistung" schon erfolgen, ehe von irgendeiner Seite Schritte zur Herbeiführung der Strafverfolgung geschehen waren (wegen der Antragsdelikte s. N. 3_2), d. h. also in Voraussicht der Verfolgung behufs deren Abwendung; Berlin 28. Okt. 74 O. **15** 718, Binding Normen **2** 589, Oppenh.-D. N. 11.

17) Einzelfälle der gegen die Verurteilung sich richtenden Begünstgg.:

a. Verwischung der Spuren der Tat (vgl. auch § 367[1]); Berlin 28. Okt. 74 O. **15** 718 btr. der Verdeckung einer Unterschl. durch Schritte behufs Wiederherstellung der unterschlagenen Depots; dsgl. Verbergen o. Verheimlichen von Überführungsstücken; vgl. **RG.** II 2. Feb. 92 E. **39** 426 (btr. Verweigerung der Erlaubnis zur Haussuchg. seitens eines Ortsvorstehers); mit Recht hat aber **RG.** II 10. Nov. 82 R. **4** 804 (btr. einen Fall der sachl. Begünstgg.) verneint, daß jemand, der einer unberechtigten Haussuchung Widerstand entgegensetze, dadurch als Begünstiger strafbar werde, wenn er auch zugleich den Zweck verfolgte, einen anderen nach Begehung einer Straftat zu begünstigen;

b. Verbergen des Täters bzw. Beförderung seiner Flucht; eine Beistandleistung, die lediglich darauf abzielt, dem Täter die Erduldung der Untersuchungshaft zu ersparen, ist als Begünstgg. nicht anzusehen, denn es fehlt alsdann an der Verfolgung des für diesen Fall der Begünstgg. erforderlichen Zwecks (N. 12); so die herrschende Lehre; **aM.** v. Buri GS. **29** 20 sowie die früheren Aufl. des **Komm.**;

c. wahrheitswidrige Auslassung in der wegen der Tat geführten Untersuchung, so z. B. einerseits fälschliche Übernahme der Schuld auf sich selbst (vgl. Berlin 14. Nov. 77 St. 8 216), auch in der Form einer falschen Selbstbeschuldigung (Teichmann ZSchweizerisches R. NF. 9 358 u. früher schon Keßler GS. 38 576, der von seinem Standpunkte aus auch die falsche Anschuldgg. eines Einwilligenden hierher rechnet; vgl. T. II Abschn. 10 N. 1 u. § 164 N. 3), andererseits wissentlich falsche Anschuldigung eines anderen (Schütze S. 164); namentl. kann auch eine wahrheitswidrige Zeugenaussage eine Begünstigung enthalten; so: RG. II 21. März 84 R. 6 214, IV 13. Dez. 95 E. 28 115 (beide btr. einer Zeugenaussage im Ermittelungsverfahren), Merkel HH. 3 740, H. Meyer S. 265, Schütze S. 163, Geyer GS. 27 306; aM. John Entwurf S. 261;

d. Zeugnisverweigerung, soweit eine Zeugnispflicht besteht (N. 11_2); die etwaigen prozessualen Ordnungsstrafen bzw. Zwangsmaßregeln (StPO. § 69) berühren die Bestrafung wegen Begünstgg. nicht (vgl. § 138 N. 7);

e. das, wenn auch erfolglose, Unternehmen der Verleitung eines Dritten zu unwahren Aussagen im Ermittelungsverfahren; RG. 13. Feb. 90 E. 20 233; vgl. ferner: Berlin OAG. 1. Nov. 71, Dresden 1. Juni 77, St. 1 54, 7 322, btr. der Aufforderung an einen Dritten, den Täter nicht zu verraten, bzw. des Versuches der Verleitung eines anderen zur wahrheitswidrigen nicht eidlichen Aussage; aber auch Einwirkung auf einen zur Anzeige strafb. Hdlgen verpflichteten Beamten dahin, die Anzeige pflichtwidrig zu unterlassen (RG. II 7. Dez. 83 E. 9 242; zustimmend Binding Lb. 2 652 N. 1; dagegen ORA., wie in dem Unterlassen einer Denunziation eine Begünstgg. nicht gefunden werden könne, ebensowenig in der Aufforderung, eine solche Denunziation zu unterlassen; vgl. R. 5 762); wenn aber selbst die Einwirkung auf eine zur Anzeige einer von Amts wegen zu verfolgenden Tat entschlossenen Privatperson, von der Strafanzeige abzustehen, als Begünstgg. angesehen ist (so von RG. II 6. Apr. 86 E. 14 88), so erscheint das zu weitgehend, da bei dem freien Ermessen der Privatperson die Rechtswidrigkeit der Hdlg. fehlt; Binding Lb. 2 654 N. 3, Kohler Studien 1 157, Köhler GS. 61 60.

18) Bei der gegen die Strafvollstreckung sich richtenden Begünstgg. kann die erforderliche Absicht durch Beistandleistung gegenüber allen Strafen an den Tag gelegt werden, die überhaupt einer Vollstreckung bedürfen. Zu solchen Strafen gehört aber auch die Zul PolAuff. (§ 38) sowie die Überweisung an die LPB. (§ 362) nebst den auf Grund derselben ergriffenen polizeil. Maßnahmen (T. I Abschn. 1 N. 3 b[a. 9]); die im § 39 bezeichneten Wirkungen der PolAuff., dsgl. die Ausführung der Überweisung an die LPB. und die polizeil. Nachhaft selbst bedürfen einer Vollstreckung; so im allg. Oppenh.-D. N. 13, bezügl. der PolAuff. Merkel HH. 3 740 N. 6, bezügl. der polizeil. Nachhaft v. Schwarze GS. 24 383; aM. Binding Lb. 2 646 btr. der korrektionellen Maßnahmen.

Dieser Fall liegt übrigens auch dann schon vor, wenn ein bloßer Strafaufschub angestrebt wird; so das N. 15a zit. RG. E. 16 204, Köhler GS. 61 69; aM. Binding Lb. 2 655.

19) Gleichmäßig für die Vollstreckung aller Strafen taucht die Frage auf, ob durch Einreichung eines Gnadengesuches seitens eines Dritten alsdann eine Begünstgg. verübt werde, wenn das Gesuch durch wissentlich wahrheitswidrige Angaben begründet wird (vgl. StB. S. 1173 ff., 1176). Voraussetzung der Strafbarkeit ist die Rechtswidrigkeit des Handelns (N. 15 b); wenn es nun zwar auch kein Recht auf Wahrheit im allg. gibt, so wird doch andererseits kaum denkbar sein, daß einem Dritten ein Recht zur Seite stehe, durch Vorspiegelung falscher Tatsachen unter Täuschung des Inhabers der Gnadengewalt einen Straferlaß zu erzielen; demnach ist prinzipiell die Möglichkeit der Begehung einer Begünstgg. in der bezeichneten Weise zu bejahen; so die überwiegende Meinung, insbs. RG. III 20. Feb. 02 E. 35 128, sowie z. B.: Binding Lb. 2 653 f., v. Liszt S. 600, H. Meyer S. 256, Schütze S. 163 N. 9, Frank N. v 1 b, Rüd.-St. N. 9, Just ZStrW. 15 860, Köhler GS. 61 76; aM. die früheren Aufl. d. Komm. Im übrigen wird für den Einzelfall entscheidend sein, ob die wahrheitswidrigen Anführungen in dem Gnadengesuch an sich geeignet waren, die Entziehung der Bestrafung — durch gnadenweisen Erlaß der Strafe — herbeizuführen (N. 10); vgl. das zit. RG. E. 35 128 sowie Binding aO. Nur in

diesem Sinne kann es von Bedeutung erachtet werden, wenn dem durch Anführung falscher Tatsachen begründeten Gnadengesuche noch unrichtige Belege beigefügt werden; vgl. Binding aO. 654 N. 1; von vielen wird jedoch hierauf das entscheidende Gewicht gelegt; so von: Geyer HH. **4** 174 u. GS. **27** 308, Hälschner 2 876 N. 3, Merkel HH. **3** 740, **4** 427, Rüb.-St. N. 9, Villnow Raub S. 83, v. Buri GS. **29** 45, Gretener Begünstgg. S. 148, Herzog, Waldthausen, G. **29** 138, 396. Völlig verneinend verhalten sich bezüglich der Strafbarkeit: Oppenh.-O. N. 14, v. Schwarze N. 16 N. 4 u. GS. **24** 384, Meves StrZ. **13** 521.

20) Die gegen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe sich richtende Begünstgg. insbs. kann namentl. durch Verbergen des Verurteilten bzw. Fluchtbeförderung bewirkt werden; RG. I 8. Dez. 81 R. **3** 778 btr. Beförderung eines strafrechtlich Verurteilten ins Ausland durch einen Auswanderungsagenten; vgl. auch N. 17b. Streitig ist, ob eine Begünstgg. auch durch Gefangenbefreiung, Beihilfe zur Selbstbefreiung bzw. durch Entweichenlassen eines Gefangenen verübt werden könne, d. h. also ob persönl. Begünstgg. in Idealkonk. (§ 73) mit den Verg. aus §§ 120, 121 treten könne. Für die Bejahung fällt ins Gewicht, daß diese letzteren Verg., die ihrem Wesen nach formelle Widersetzlichkeiten gegen staatliche Maßnahmen sind, nicht notwendig die vorherige Begehung eines V. o. V. durch den Gefangenen voraussetzen, daß die Strafbestimmungen vielmehr auch dann Platz greifen, wenn nachweisbar ihm eine Straftat nicht zur Last gelegt werden kann; jene Verg. sind daher im Vergleiche zur Begünstigg. nicht speziellere (§ 73 N. 12); so: RG. III 20. Nov. 82 E. **7** 244, Binding Hb. **1** 352 N. 8 u. Lb. **2** 598 (Begünstgg. sei Angriff auf das staatl. Strafr., Gefangenbefrg. auf das staatl. Haftr.), Geyer **2** 154 (vgl. jedoch HH. **2** 423), Merkel S. 395, Frank § 120 N. VI, Oppenh.-O. § 120 N. 12, Gretener Begünstgg. S. 150, Waldthausen G. **29** 396, Stenglein ZStrW. **4** 487; aM.: Hälschner **2** 961, John HH. **3** 150 (auf Grund der unzutreffenden Ansicht, daß für die Begünstgg. kein Raum bleibe, sobald die Organe der Staatsgewalt des Verbrechers sich bemächtigt hätten; s. o. N. 13), H. Meyer S. **433** N. 41, Rubo N. 7, v. Schwarze S. 393 A. 1, Köhler GS. **61** 70, insbs. N. 1.

Der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe kann auch dadurch entgegen gewirkt werden, daß der Begünstiger statt des Verurteilten zum Strafantritte sich stellt; so die GM., insbs. RG. I 11. Juni 83 E. 8 366. Meist wird alsdann Idealkonk. mit sog. intellektueller Urkfisch. aus § 271 vorliegen.

21) Die Vereitelung der Vollstreckung einer Geldstrafe insbs. kann namentl. durch Maßnahmen mit dem Vermögen des Verurteilten bewirkt werden, wie z. B. durch Verbergen körperlicher Vermögensgegenstände oder durch Verheimlichen, speziell durch Abschluß von Scheinverträgen. Streitig ist, ob eine Begünstgg. dadurch verübt werden kann, daß die bezahlte Geldstrafe aus dem Vermögen eines Dritten herrührt. Diese Frage scheint RG. III 5. Okt. 96 G. **44** 253 durchweg bejahen zu wollen. Es sind hierbei jedoch drei Fälle zu unterscheiden: Schenkung behufs Bezahlung der Geldstrafe; Erstattung der bezahlten Geldstrafe; Bezahlung für den Verurteilten ohne Verpflichtung zur Rückzahlung. In den ersten beiden Fällen liegt Begünstgg. nicht vor; die Zahlung ist jedesmal aus dem Vermögen des Verurteilten erfolgt; die Ausgleichung des materiellen Schadens, sei es durch vorherige Schenkung, sei es durch nachfolgende Erstattung, ist nicht rechtswidrig; so die GM., insbs.: RG. IV 21. Sept. 97 E. **30** 232, Berlin 7. März 78 O. **19** 122; aM.: Lehmann G. **19** 784 ff., Meves StrZ. **13** 518, Villnow Raub S. 83, v. d. Decken ZStrW. **12** 117, Lammasch DJZ. 2 432, die mit einzelnen Modifikationen annehmen, daß auf alle drei Arten Begünstgg. verübt werden könne, ferner für den Fall der Schenkung Gretener Begünstgg. S. 147 u. Raff (o. N. 7_2) S. 32, unter gewissen Voraussetzungen auch Stooß ZSchweizerStr. **11** 368 f. (dagegen Pfizer das. **12** 33), sowie für den Fall späteren Ersatzes in gewissem Umfange Raff aO. S. 34 ff. In dem dritten Falle wird dagegen, das Vorliegen der subjektiven Erfordernisse vorausgesetzt, Begünstgg. verübt; denn durch eine solche Zahlung eines Dritten kann die Geldstrafe nicht getilgt werden (§ 28 N. 1), die Beistandleistung selbst aber verstößt gegen das Recht; so die GM.,

insbs. des zit. RG. E. 30 232; ferner Binding Lb. 2 651 f., der mit Recht das Moment der Täuschung des die Zahlung in Empfang nehmenden Beamten für nicht entscheidend erachtet; erfolgt sie unter solcher Täuschung, so wird meist § 271 zusammentreffen; aM.: H. Meyer S. 256, Frank N. v 1 a, Herzog, Waldthausen, G. 29 138, 395, v. Schwarze N. 16 A. 1 u. GS. 24 383, Köhler GS. 61 70 ff., Schloßmann ZStrW. 23 660 ff., auch v. Buri GS. 30 243 f., abgesehen von dem Falle, wenn dem Willen des Verurteilten zuwider gezahlt sei, weil sonst Schenkung anzunehmen sein würde; allerdings ist zuzugeben, daß es, wenn eine Schenkung stattgefunden hat und somit Begünstgg. ausgeschlossen ist, gleichgültig ist, ob der Schenker im Auftrage des Verurteilten die Geldstrafe einzahlt; vgl. andererseits Raff aO. S. 21, der den zahlenden Dritten gerade dann für straflos erachtet, wenn die Zahlung gg. den erklärten Willen des Verurteilten erfolgte.

22) Was den Dolus bei der persönl. Begünstgg. betrifft, so setzt der Natur der Sache nach die vorsätzliche Übertretung des Verbotes der Vereitelung von Strafansprüchen des Staates (N. 2) die Wissenschaft voraus, daß der Täter einer strafb. Hdlg. in dem N. 3 erläuterten S. sich schuldig gemacht habe, sowie daß die Strafbarkeit noch nicht erloschen sei; Binding Lb. 2 658 u. Normen 2 468 N. 680, 565, Geyer GS. 27 310, Gretener Begünstgg. S. 99, 142, Waldthausen G. 29 399 f. Folgeweise ergibt sich, daß die irrtümliche Annahme eines Strafausschließungsgrundes für den Begünstigten bei der persönl. Begünstgg. den Dolus des Begünstigers (Abs. 2 zu N. 22) beseitigt; so namentl. Binding Normen aO. N. 680.

23) Wenn das Gesetz ausdrücklich das Erfordernis aufstellt, daß der Beistand „wissentlich" geleistet sein müsse, so fragt es sich, ob dadurch lediglich die durch die Vorsätzlichkeit des Verg. an sich bedingte „Wissentlichkeit" (N. 12) habe bezeichnet oder ob darüber hinaus ein Strafbarkeitsmerkmal habe aufgestellt werden sollen.

Der ersteren Ansicht sind Binding Lb. 2 657 f. u. Normen 2 566 N. 823, 568, Hälschner 2 879, Neves StrZ. 13 506 u. Gretener Begünstgg. S. 14, indem sie annehmen, der Begünstiger müsse nur gewußt haben, daß es um eine im Gesetze mit Strafe bedrohte Tat sich handle; auf die subjektive Auffassung des Begünstigers über das Vorliegen eines V. o. V. komme es nicht an; die Beschränkung hierauf sei im § 257 nur für den Staat, der auf die Bestrafung der geringfügigen Fälle der Begünstigung einer Übertretung verzichte, nicht aber für den Delinquenten geschehen; so sachlich auch Waag GS. 34 258, wenn er die Streichung des „wissentlich" für unbedenklich erachtet. Dieser Auffassung steht entgegen, daß speziell im Falle des § 257 keine Veranlassung vorlag, durch das Wort „wissentlich" die Vorsätzlichkeit des Verg. zu betonen, da diese ohnehin einem Zweifel nicht begegnen konnte. So ist, mit der GM., zu Gunsten des Beschuldigten anzunehmen, daß die Begehung gerade eines „Verbrechens oder Vergehens" zu einem solchen Strafbarkeitsmerkmal habe erhoben werden sollen, dessen „Wissen" auf Seiten des Täters notwendig ist. Innerhalb der GM. bestehen aber Differenzen darüber, wie weit die „Wissenschaft" von dem V. o. V. sich zu erstrecken habe.

24) Was zunächst die Persönlichkeit des begünstigten Täters o. Teilnehmers betrifft, so läßt die Vereitelung eines staatlichen Strafanspruches auch ohne persönliche Kenntnis des Täters 2c. sich denken; jemand kann ein Interesse an der Verwischung der Spuren eines Verbr. haben, obschon ihm der Täter nicht bekannt ist; auch ist die Begünstgg. eines Unbekannten auf Bitten 2c. eines Dritten möglich; so: Hälschner 2 878, Schütze S. 163 N. 6, Oppenh.-D. N. 9 a, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 14, v. Buri GS. 29 29; aM. Merkel HH. 3 741, der Begünstiger müsse wissen, wem sein Verhalten zugute komme.

25) Was die Handlung, das V. o. V. selbst, betrifft, so ist nur erforderlich, daß der Begünstiger die tatsächlichen Umstände kannte, aus denen für ihn das Vorliegen des Tatbestandes irgend eines V. o. V. zu entnehmen war, sonst greift § 59 Platz; folgeweise liegt strafb. Begünstgg. nicht vor, wenn der Begünstiger infolge tatsächlichen Irrtums annahm, der Täter habe nur eine Übertr. begangen; eine falsche rechtliche Beurteilung der Tatsachen, die den Begünstiger zu der unrichtigen Annahme verleitet, daß nicht ein V. o. V., sondern nur eine Übertr. begünstigt werde, schützt ihn dagegen nicht vor der Strafe;

während also zwar die Kenntnis von der Strafbarkeit der begünstigten Hdlg. im allgemeinen nicht ausreicht, so ist doch andererseits Wissenschaft von der speziellen konkreten Gestaltung der V. o. V. nicht erforderlich. So: RG. I 26. Sept. 81, II 27. Nov. 85, E. 5 23, 13 81, II 15. Okt., IV 29. Okt. 86, R. 8 621, 650 (btr. Begünstgg. bei vorliegender Unterschlgg., während der Begünstiger „Verurteilung zu 3 Mt. Gef. wegen Rauferei" annahm, bzw. Begünstgg. bei vorliegendem gewerbsm. Jagdverg. aus § 294, während der Begünstiger nur Tatsachen kannte, welche die Anwendbarkeit der §§ 292, 293 voraussetzen, und zwar ohne daß er der strafrechtl. Qualifikation dieser Tatsachen sich bewußt war), u. insbs. das von Binding Lb. 2 658 N. 4 scharf verurteilte: IV 21. Okt. 98 E. 31 285, das bei Unkenntnis des Begünstigers über einen Tatumstand, der die Vortat nicht unter das PrFDG. sondern, ausnahmsweise, unter § 242 fallen ließ, nach diesseitiger Auffassung zutreffend (N. 4_2) PrFDG. § 5 zur Anwendung brachte; es handelte sich nicht um eine falsche rechtl. „Auffassung", sondern um einen Tatirrtum; Geyer 2 152, HH. 2 424, 4 174 u. GS. 27 312, v. Liszt S. 599, Merkel HH. 3 741, 4 427, H. Meyer S. 258, Schütze S. 163, Frank N. VI 1b, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 4, Herzog, Waldthausen, G. 29 134, 399. Dieser Ansicht steht, abgesehen von den N. 23_2 genannten, am meisten entgegen Villnow Raub S. 85, der den Irrtum des Begünstigers über die Beschaffenheit des begünstigten V. o. V. für erheblich erachtet. Weniger weit gehen v. Buri GS. 29 47 (das Requisit der Wissenschaft des Begünstigers sei nicht wörtlich zu nehmen; es genüge, wenn nur das von dem Begünstiger gemeinte und das von ihm begünstigte V. von der gleichen Gattung seien) sowie v. Schwarze N. 13 u. GS. 24 380 (ein Irrt. über V. o. V. selbst schütze den Begünstiger nicht, wohl aber ein Irrt. dahin, daß Täter nur eine Übertr. begangen habe).

Im übrigen wird die Wissenschaft von der „Handlung" nicht ohne weiteres durch die Kenntnis von der rechtskräftigen Verurteilung zu Strafe ersetzt, wenn auch aus dieser Kenntnis häufig auf die erforderliche Willensrichtung des Begünstigers wird geschlossen werden können; RG. I 8. Dez. 81, IV 17. Okt. 84, R. 3 778, 6 633.

Über das Merkmal der „Wissentlichkeit" im Falle der Begünstgg. einer Konterbande aus VZG. § 136 vgl. RG. I 7. Mai 00 G. 47 294 (der Begünstiger müsse diej. Tatsachen gekannt haben, auf Grund deren die Konterbande als „vollbracht angenommen" werde).

26) Verschiedene Akte, die als persönl. Beistandleistung desselben Täters oder Teilnehmers wegen desselben V. o. V. sich darstellen, begründen nur ein Verg. der Begünstgg., weil alle einzelnen Akte durch die Straftat, auf welche die Begünstgg. sich bezieht, zu einer kriminalistischen Einheit werden (§ 73 N. 5b, auch 18b); so die GM., insbs. Dresden 28. Jan. 76 St. 6 315 (btr. sachl. Begünstgg.).

27) Was das Verhältnis der Begünstgg. zur Haupttat betrifft, so fragt es sich zunächst, ob ein an dieser selbst Beteiligter demnächst o. unter Umständen selbst gleichzeitig o. schon vorher (N. 5_2) der Begünstgg. dieser Haupttat bezüglich anderer Teilnehmer (N. 8) sich schuldig machen könne, sowie ferner, ob Teilnahme des Haupttäters durch Anstftg. o. Beih. an der ihm selbst zuteil gewordenen Begünstgg. denkbar sei. Beide Fragen sind mit Rücksicht auf die selbständige Natur des Verg. der persönl. Begünstgg. zu bejahen; diese ist keine Form der Teilnahme an der Haupttat und steht zu letzterer nur in der Beziehung, daß ohne vorherige Begehung einer strafb. Hdlg. die Vereitelung eines staatlichen Strafanspruchs nicht denkbar ist (N. 2, 7). Anders liegt es im ersteren Falle nur, wenn die Begünstgg. des Mittäters zugleich bewußtermaßen eine „Selbstbegünstgg." darstellt; ist aber eine solche tatsächlich zu verneinen, so steht der Annahme einer strafb. Begünstgg. seitens des Mittäters derj. strafb. Hdlg., auf welche die Begünstgg. sich bezog, rechtlich nichts entgegen; RG. II 28. Feb. 91 E. 21 375.

In der Theorie in beiden Punkten übereinstimmend: Oppenh.-D. N. 1, 2, O.St. 181ff., v. Buri GS. 29 60, Waldthausen G. 29 393, btr. des ersteren: Geyer 2 153, HH. 4 172 u. ZStrW. 2 318, v. Liszt S. 600, H. Meyer S. 259, sowie Meves StrZ. 13 497, Gretener Begünstgg. S. 161; aM. btr. beider Fragen: Binding Lb. 2 662, Hälschner 2 882, Merkel HH. 4 425, Schütze S. 161 N. 2, Frank N. IV 2, 3, Rüd.-St. N. 18, v. Schwarze N. 26 u. GS. 24 377, Villnow Raub S. 68f., Herzog GS. 29 184, 34 83, Kohler Studien

1 118 f., 156, im wesentlichen auch Köhler GS. 61 60 f., btr. der zweiten Frage: Geyer, v. Liszt, H. Meyer aO. sowie ferner: Binding Hb. 1 361, v. Kries ZStrW. 7 523, 538.

Bei dem oben vertretenen Standpunkte ist die weitere Frage aufzuwerfen, ob vorkommendenfalls Ideal- o. Realkonk. anzunehmen sei. Die Beantwortung dieser Frage hängt lediglich von den konkreten Umständen ab. So H. Meyer, während O., Waldthausen, Geyer u. Gretener aO. für Vorliegen einer Realkonk. sich aussprechen.

28) Die Stellung der Praxis zu den Einzelfragen ist folgende:

Bejaht wird die Möglichkeit, daß sein könne: ein Mittäter Begünstiger des anderen von dem N. 27 zit. RG. E. 21 375; der begünstigte Täter o. Teilnehmer Anstifter o. Gehilfe zu der ihm gewährten Begünstgg. von: RG. I 7. Apr. 81, 11. Juni 83, E. 4 60, 8 366, Berlin 14. Nov. 77 St. 8 216; dsgl. der Anstifter demnächst Begünstiger bzw. Gehilfe zur Haupttat von Berlin 27. Sept. 76 (2 Entsch.) St. 6 298, 316. Zutreffend nehmen auch die zitt. Berlin an, daß nach Umständen ideale oder reale Konkurrenz vorliege.

Auf der andern Seite stehen dagegen: Dresden 29. Jan. 72 (Anstiftg. zur Haupttat schließe demnächstige Begünstgg. derselben aus), München 23. Sept. 73 (Anstiftg. zur Begünstgg. der eigenen Tat sei nicht strafbar), Stuttgart 4. Sept. 74 (wie Dresden), Mannheim 23. Feb. 77 (Teilnahme an der Haupttat schließe sowohl Ideal- wie Realkonk. mit Begünstgg. derselben aus), St. 1 327, 3 84, 4 182, 5 366, 7 141.

Sachliche (oder unechte) Begünstigung. N. 29—37.

29) Erfolgt die Beistandleistung, „um dem Täter oder Teilnehmer die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern", d. h. zum Zwecke der Ausnutzung der Straftat (vgl. die N. 12 zitt. RG. R. 4 487, E. 23 105), freilich nur durch Sicherung gegen Entziehung der erlangten Vorteile, insbs. seitens des Geschädigten o. der Obrigkeit (Binding Lb. 2 664, 667), so liegt die sachliche oder von Binding Lb. 2 645 N. 3 (Abs. 2 der N. 29) u. Normen 2 570 sog. unechte Begünstgg. vor. Die Berechtigung zur prinzipiellen Unterscheidung zweier Arten der Begünstgg., neuerdings namentl. gebilligt von Lohmeyer Begünstigg. S. 51, wird zwar von der überwiegenden Meinung bestritten; sie ist aber, wie die weitere Entwickelung des Begriffs der „sachlichen" Begünstgg. im Gegensatz zu demjenigen der „persönlichen" Begünstgg. (N. 2—28) zeigen wird, innerlich begründet.

Aus dem Gesagten folgt einmal die Notwendigkeit der Identität der vom Vortäter durch das V. o. V. unmittelbar erlangten Vorteile (§ 259 N. 5), mit denen, die ihm gesichert werden sollen; so Binding Lb. 2 667, der deshalb namentl. RG. I 16. Apr. 94 E. 25 265 bekämpft; auch in allerneuester Zeit hat RG. unter Leugnung des Erfordernisses der Identität den entgegengesetzten Standpunkt vertreten. Andererseits folgt daraus, daß die Steigerung der Benutzbarkeit des durch die Vortat erlangten Gegenstandes, z. B. die Verarbeitung gestohlener Stoffe lediglich behufs erleichterter Verwendung seitens des Diebes o. die Heilung eines gestohlenen kranken Pferdes, nicht Begünstigg. ist; RG. II 5. Okt. 94 E. 26 119, Binding Lb. 2 667 N. 2, Hälschner 2 879 f., v. Liszt S. 600, Frank N. V 2, Kohler Studien 1 159 f., Köhler GS. 61 78.

30) Während die persönl. Begünstgg. bei jedem V. o. V. denkbar ist (N. 4), ist die sachl. Begünstgg. ihrer Natur nach nicht nur bei allen V. o. V. ausgeschlossen, die einer Verstärkung oder Befestigung nicht fähig sind (wie z. B. Mord), sondern namentl. auch bei solchen, bei denen die „Sicherung der Vorteile" des V. o. V. ohne Teilnahme an ihnen nicht denkbar ist, wie insbs. bei den V. gegen Ehre, Freiheit, Gesundheit, Sittlichkeit; Merkel HH. 4 423, v. Buri GS. 29 25, Gretener Begünstgg. S. 104. Hiernach bleiben nur diejenigen V. o. V. übrig, durch die direkt oder indirekt eine widerrechtliche Vermögenslage geschaffen wird; so: Binding Lb. 2 667, Hälschner 2 866; aM.: H. Meyer S. 255, Frank N. VI 3, Simonson Vorteil S. 14.

31) Berücksichtigt man dies, so kommt man zu dem ferneren Ergebnis, daß der Ausdruck „Vorteil", der an sich (vgl. auch „Vorteile irgendwelcher Art" § 49a N. 15) gegenüber dem engeren Begriffe „Vermögensvorteil" (§ 263 N. 43) jeden materiellen Nutzen,

sei es „Gewinn" (§ 133 N. 8), sei es „Schadensabwendung", bezeichnet, in der oben hervorgehobenen Wendung dennoch tatsächlich mit **Vermögensvorteil** gleichzustellen ist; beispielsweise würde im Falle einer aus § 236 strafb. Entführung die Gewaltherrschaft über die Entführte bzw. die Unzucht mit ihr zwar als ein „Vorteil" anzusehen sein; allein bei der Natur der Entführung als Dauerdelikt (§ 236 N. 11) würde jede Beistandleistung eines Dritten zur „Sicherung" jenes Vorteils Beihilfe zur Entführung, nicht aber Begünstgg. sein. So: Binding Lb. **2** 664 u. Normen **2** 571 N. 832, Geyer **2** 153, Hälschner **2** 879, v. Liszt S. 600, v. Buri GS. **29** 47, Gretener Begünstgg. S. 105, Lohmeyer Begünstigg. S. 27, Waldthausen G. **29** 398. AM.: H. Meyer S. 255, Frank N. VI 3, Oppenh.-D. N. 15, v. Schwarze N. 19, Meves StrZ. **13** 501, Villnow Raub S. 89, Simonson aO. S. 13 ff., Köhler GS. **61** 77, die den Unterschied vom „Vermögensvorteil" ausdrücklich hervorheben, ferner Merkel HH. **3** 742 (materieller Gewinn). In dem Mitgenuß der Bereicherung des begünstigten Täters u. ihrer Erhaltung bis zur eigenen Bereicherung im Erbwege kann ein Vermögensvorteil gefunden werden; RG. I 16. Dez. 95 G. **43** 401.

Wenn die „Sicherung der Vorteile des V. o. V." in Wahrheit nur als Sicherung von **Vermögensvorteilen** zu verstehen ist, so ergibt sich, daß die sachl. Begünstgg. begriffsmäßig ein **Vermögensdelikt** ist, das gegen das Verbot der Befestigung der durch das vorangegangene V. o. V. erlangten widerrechtlichen Bereicherung des Täters o. Teilnehmers verstößt; Binding Lb. **2** 665 u. Normen **2** 468 N. 680, 570. Diese Art der Begünstgg. hat sonach mit der persönl. (N. 2) keinen inneren Zusammenhang; überwiegend (N. 29) wird freilich angenommen, daß das Wesen der Begünstgg. ein einheitliches sei; so bezeichnet z. B. RG. I 13. Feb. 90 E. **20** 233 sie als einen rechtswidrigen Eingriff in die staatliche Rechtspflege, ähnlich v. Liszt S. 598 u. Hälschner **2** 866 f.

32) Ist die sachl. Begünstgg. nur ein Vermögensdelikt, so kann es darauf, ob die Vortat **strafbar** sei, nicht ankommen; die durch die Haupttat erlangten Vermögensvorteile bleiben widerrechtlich, auch wenn der Täter o. Teilnehmer wegen eines **Strafausschließungs-** o. Aufhebungsgrundes nicht strafbar sein sollte; bestätigt wird diese Auffassung durch die §§ 247_3, 289_3, wonach strafbare — sachliche — Begünstgg. trotz Straflosigkeit des Begünstigten vorliegen kann; die Worte „V. o. V." haben daher in Beziehung auf die sachl. Begünstgg. eine wesentlich andere Bedeutung als bezüglich der persönl. Begünstgg. (N. 4_1); sie bezeichnen lediglich ein Delikt, das, falls es strafbar, **als V. o V. zu bestrafen ist**; **Schuldausschließungsgründe** dürfen deshalb nicht vorliegen und namentl. muß bei dem begünstigten Täter o. Teilnehmer Deliktsfähigkeit und Dolus vorhanden gewesen sein; so: Binding Lb. 2 666 u. Normen **2** 570, H. Meyer S. 257, Schütze S. 164 N. 12, Oppenh.-D. N. 19, v. Schwarze N. 24, Herzog GS. **24** 461 u. G. **29** 121, 136, Meves StrZ. **13** 515, Gretener Begünstgg. S. 171; aM.: Hälschner **2** 873, 880, v. Liszt S. 598, Merkel HH. **4** 426, Waldthausen G. **29** 391, die auch hier Strafbarkeit des Täters im Einzelfalle verlangen. Ob im besonderen trotz eingetretener **Verjährung** der Strafverfolgung der Vortat noch sachliche Begünstgg. stattfinden könne, ist je nach dem prinzipiellen Standpunkte zu beantworten, den man btr. jenes Instituts einnimmt (vgl. § 66 N. 4 ff., insbs. 7); diesseits wird sie mit v. Buri GS. **29** 32 bejaht, während Binding Lb. **2** 667 verneint.

33) „**Nach** Begehung eines V. o. V." ist hier nicht, wie bei der persönl. Begünstgg. (N. 5), gleichbedeutend mit „nach der juristischen Vollendung eines V. o. V.".

Bereits juristisch **vollendete** V. o. V. können durch eine und dieselbe Hdlg. **fortgesetzt** o. durch eine selbständige Hdlg. **wiederholt** werden, wie z. B. beim Diebst., um die Tätigkeit auf andere Gegenstände auszudehnen; solange ein V. u. V. in solcher Weise sich abspielt, liegt in einer „Beistandleistung zur Sicherung der Vorteile" keine Begünstgg., sondern eine Beihilfe zum V. u. V.; so das § 49 N. 4 zit. RG. E. 8 177; aM.: RG. III 3. Juni 01 G. **48** 350, H. Meyer S. 257, der ev. konkurrierend Begünstgg. u. Beih. annimmt. Davon verschieden ist der Fall, wenn es um „Verwandlung der vorläufigen Beute in eine definitive" sich handelt (so Binding Lb. **2** 668), wie in dem, dem zit. RG. 8 177 zugrunde liegenden Fall, wo die durch die Wegnahme noch nicht er-

reichte Zueignung (§ 242 N. 24) gesichert werden sollte; so ferner v. Schwarze GS. **24** 375; aM.: Geyer HH. 2 421, Gretener Begünstgg. S. 105.

Eigentümlich liegt der Fall, wenn die Hdlg. des Täters ihren äußeren Abschluß gefunden hat, und nur noch der beabsichtigte Erfolg aussteht, sei es, daß er zum Tatbestande des V. o. V. gehört, oder nicht. Führt die in der Zwischenzeit entwickelte Tätigkeit eines Dritten auf den Eintritt oder die Beschleunigung des Erfolges hin, so ist mit der GM. Teilnahme (Mittäterschaft o. Beihilfe), nicht aber Begünstgg. anzunehmen. Läßt aber von einer solchen Tätigkeit eine nur auf Sicherung des erwarteten Erfolges gerichtete Beistandleistung in Wahrheit sich unterscheiden, so wird diese auch nur als Begünstgg. angesehen werden dürfen; so: v. Schwarze GS. **24** 376, Villnow Raub S. 92, während Rüd.-St. N. 5 sowie anscheinend Meves StrZ. **13** 486, Gretener Begünstgg. S. 105 u. Waldthausen G. **29** 393 jede solche Tätigkeit als Teilnahme ansehen.

Die sachliche Begünstgg. ist übrigens auch nach Verbüßung der Strafe bzw. nach eingetretener Verjährung oder Begnadigung möglich; v. Schwarze, v. Buri, GS. **24** 386, **29** 23, Simonson Vorteil S. 11 f.

34) Bezüglich der äußeren Hdlg. der sachl. Begünstgg., der „Beistandleistung, um dem Täter oder Teilnehmer die Vorteile des V. o. V. zu sichern", gelten entsprechend die obigen Ausführungen in N. 7 auch hier. In Einzelfällen der Praxis des RG. wurde angenommen sachl. Begünstgg.:

einer Unterschl. (§ 246) durch Aufbewahrung des unterschlagenen Geldes; eines Jagdverg. (§ 292) durch Wegschaffnng des von einem Anderen auf einem Felde des Begünstigers erlegten, demnächst für gemeinschaftliche Rechnung verkauften Rehes in die Wohnung des Begünstigers; einer Defraude durch unwahre Angabe gegenüber dem zuständigen Beamten hinsichtl. des Erwerbes der durch Schmuggel fehlerhaft erworbenen Kuh; einer Zuwiderhdlg. gg. ein Vieheinfuhrverbot durch die — vor der Tat erfolgte (Abs. 3) — Zusage des Ankaufs von geschmuggeltem Vieh; III 29. Nov. 79, II 10. Mai 81, E. **1** 110, **4** 158, IV 9. Juni 85, I 23. Sept. 86, R. 7 364, 8 551.

Dagegen wurde Begünstgg. verneint und Beihilfe angenommen in einem Fall btr. § 137 von RG. II 18. Jan. 81 E. **3** 255. Vgl. auch das R. 17a zit. RG. R. **4** 804.

35) Der Dolus besteht bei der sachl. Begünstgg. in der Absicht (N. 12), dem Täter oder Teilnehmer die durch das Vordelikt gewonnenen widerrechtlichen Vermögensvorteile zu sichern; Binding Lb. **2** 669 u. Normen **2** 571, Gretener Begünstgg. S. 178, Simonson Vorteil S. 25. Deshalb liegt der Dolus bereits vor bei Kenntnis der rechtswidrigen Art des Erwerbes der Vorteile; Binding Lb. aO. u. Normen aO. 468 N. 680; aM. diejenigen, die auch zum Tatbestande der sachl. Begünstgg. Strafbarkeit des Täters verlangen (N. 32 aE.). Mit jener Absicht kann übrigens noch eine andere Absicht sich verbinden; N. 40.

Aber auch bei der sachl. Begünstgg. erfordert § 257 von dem Täter das „Wissen" des Strafbarkeitsmerkmals, daß ein V. o. V. verübt worden sei; es gelten deshalb die Ausführungen N. 23—25 hier gleichfalls.

36) Über die im Hinblick auf die sachl. Begünstgg. nicht besonders erörterten Fragen sind die btr. Ausführungen bei der persönl. Begünstgg., namentl. N. 6, 8—11, 12, 26, zu vergleichen.

37) Eine Konkurrenz — je nach Umständen eine Ideal- o. Realkonk. (§ 73 o. § 74) — ist zwischen den beiden verschiedenen Tatbeständen des § 257 denkbar, und zwar nicht nur, wie selbstverständlich, wenn der persönlich u. der sachlich begünstigte Vortäter verschiedene Personen sind, sd. namentl. auch bei Personenidentität; aM. Köhler GS. **61** 81.

Tatbestand der qualifizierten Begünstigung. N. 38—40.

38) Einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. der einfachen Begünstgg. (N. 2—37) bildet es, wenn der Begünstiger den Beistand „seines Vorteils wegen" leistet, d. h. also wenn der eigene Vorteil des Begünstigers den Beweggrund für seine Beistandleistung abgab; so RG. III 10. Juli 95 E. **27** 342, IV 5. Juni 96 G. **44** 147 (beide btr. § 259); hiernach genügt weder das bloße Bewußtsein von der Möglichkeit

dieses Erfolges (Frank N. v 3, Simonson Vorteil S. 25, Köhler GS. **61** 81), noch das Motiv bloßer Erkenntlichkeit für eine in der Vergangenheit liegende Zuwendung. Dabei muß der Vorteil — wenn er auch ein indirekter o. in der Zukunft, wie z. B. zuf. Erbganges, eintretender sein kann (zit. **RG.** G. **44** 147) — eben durch die Begünstgg. gesucht werden, mit dieser selbst also in einem Zusammenhange stehen, was nicht der Fall ist, wenn die Haupttat an sich zum Vorteil des Begünstigers gereicht (§ 259 N. 20); so v. Schwarze N. 20a u. GS. **24** 387; aM. Oppenh.-D. N. 21.

Ob der Vorteil wirklich erlangt wurde, ist gleichgültig; dsgl. ob andere Rücksichten, wie z. B. Mitleid, bestimmend mitwirkten; **RG.** II 12. Apr. 81 E. **4** 83 (btr. § 259).

39) Wegen des Begriffes „Vorteil“ ist N. 31 zu vergleichen; es liegt aber kein Grund vor, dies Wort hier, gleichwie in der Wendung „Vorteile des V. o. V.“, in dem beschränkten S. von „Vermögensvorteil“ zu verstehen; so wird beispielsweise die Begünstgg. einer Diebin gegen Gewährung des Beischlafes als qualifizierte Begünstgg. anzusehen sein (im übrigen vgl. wegen praktischer Fälle § 259 N. 19); so: Geyer **2** 153, Hälschner **2** 881, v. Liszt S. 601, H. Meyer S. 260, Schütze S. 164, 460, Oppenh.-D. N. 21, Rüd.-St. N. 14, v. Schwarze N. 26, Köhler GS. **61** 82; aM.: Binding Lb. **1** 383, **2** 661, Merkel HH. **3** 742, v. Buri GS. **29** 47, Gretener Begünstgg. S. 179, Waldthausen G. **29** 401; auch Frank N. vii u. § 259 N. v 3, der eine meßbare u. rechtlich ins Gewicht fallende Besserung der Lage verlangt.

Daß der gesuchte Vorteil ein rechtswidriger (§ 263 N. 45 f.) sei, ist nicht erforderlich; **RG.** IV 21. Sept. 88 R. **10** 512 (btr. § 258), Binding aO. u. Normen **2** 571, 576, Meves StrZ. **13** 501, Oppenh.-D., Gretener, Köhler aO., Simonson Vorteil S. 19.

40) Der straferhöh. Umst. kann bei beiden Arten der Begünstgg. vorliegen; denn der bezweckte eigene Vorteil schließt weder aus, daß der Beistand geleistet sei, um den Täter der Bestrafung zu entziehen (**RG.** I 8. Dez. 81 R. **3** 778), noch um diesem „die Vorteile des V.“ zu sichern (**RG.** II 18. Jan., 10. Mai 81, E. **3** 255, **4** 158) oder umgekehrt ausgedrückt, der Tatbestand der Begünstgg. erfordert nicht, daß mit der Beistandleistg. unmittelbar u. in erster Linie der Zweck der Strafentziehung o. der Vorteilssicherung verfolgt werde; **RG.** I 23. Mai 98 G. **46** 326.

Die Qualifikation ist an sich auch bei der Begünstgg. eines jeden V. o. V. denkbar, jedoch kommt der speziellere Tatbestand des § 258 in Betracht derartig, daß die Begünstgg. der dort bezeichneten V. u. V. ausscheidet.

Zu § 257 Absatz 2. N. 41—43.

41) Der Abs. 2 enthält für den Fall der persönl. Begünstgg., d. h. wenn die Begünstgg. dem Täter o. Teilnehmer gewährt wird, „um ihn der Bestrafung zu entziehen“, einen subjektiven strafausschl. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266 (nicht einen strafaufheb. Umst. i. S. des § 295₂ das.); **RG.** I 29. Apr. 86 E. **14** 102, v. Liszt S. 601.

Auch die Teilnahme (insbs. Anstiftung) an der von einem Dritten einem Angehörigen des Teilnehmers gewährten Begünstgg. ist straflos; so das zit. **RG.** E. **14** 102 (vgl. jedoch wegen der Begründung dieses Satzes § 50 N. 2a), ferner: Binding Lb. **2** 662, Frank N. ix, Oppenh.-D. N. 26, v. Kries ZStrW. **7** 539, Köhler GS. **61** 84; aM. btr. des Anstifters Finger **1** 337.

42) Der Strafausschließungsgrund greift ebenso bei der einfachen wie bei der qualifizierten Begünstgg. Platz; dies folgt sowohl aus der Stelle, welche die Bestimmung gefunden, als auch aus dem unbeschränkten Inhalte des Abs. 2. So die GM., insbs. **RG.** III 21. Dez. 81 E. **5** 277. AM. Villnow Raub S. 91 f., weil durch die im RT. beschlossene Einschaltung des Satzes „und, wenn er diesen Beistand seines Vorteils wegen leistet ꝛc.“ im Abs. 1 ein Redaktionsfehler herbeigeführt sei, dem bezüglich des Abs. 2 keine Folge gegeben werden dürfe; ähnlich Hälschner **2** 883.

43) Der Strafausschließungsgrund darf auf Verhältnisse, für die er nicht gegeben, nicht angewendet werden. Deshalb liegt strafb. Begünstgg. vor, wenn der Begünstiger nebst Angehörigen gleichzeitig andere Beteiligte der Bestrafung zu entziehen sucht, es sei

denn, daß es um eine vom Begünstiger nicht beabsichtigte notwendige Folge der Begünstgg. des Angehörigen sich handelt (weiter gehen die Abs. 3 aufgeführten Gegner).

Ebenso ist die Beistandleistung strafbar, wenn neben der Absicht, den Angehörigen der Bestrafung zu entziehen, gleichzeitig die Absicht der Vorteilssicherung obwaltete; so: München KassH. 10. März 76 E. **6** 86, Schütze S. 164 N. 13, Oppenh.-D. N. 25, v. Schwarze N. 29 u. GS. **24** 390, Villnow Raub S. 88, v. Buri GS. **29** 47, Gretener Begünstgg. S. 169, Waldthausen G. **29** 402, Simonson Vorteil S. 27; aM. Merkel HH. **3** 741 N. 14.

Die aufgestellten Sätze (Abs. 1, 2) gelten auch dann, wenn die persönl. Begünstgg. des fremden Täters nur in der Absicht geschah, einen Angehörigen der Bestrafung zu entziehen (so: H. Meyer S. 260, Oppenh.-D. N. 26, Köhler GS. **61** 84; aM.: Binding Lb. **2** 663, Hälschner **2** 884, v. Schwarze N. 28 u. GS. aO.), oder wenn die sachl. Begünstgg. eines Angehörigen nur zum Zweck seiner persönl. Begünstgg. geschah (so: H. Meyer, Köhler aO.; aM.: zit. München, Hälschner aO., Oppenh.-D. N. 25; nach Binding Lb. **2** 663 bleibt die persönl. Begünstgg. straflos, während die sachl. strafbar ist).

Zu § 257 Absatz 3. N. 44—48.

44) Nach § 38 des PrStGB., dem Entw. I § 44 sich anschloß, wurde der Begünstiger gleich dem Gehilfen bestraft, „wenn die Begünstigung infolge einer vor der Tat genommenen Abrede gewährt worden war". Der Entw. II wiederholte diese Vorschrift nicht, nahm aber in den Abs. 1 des § 252 die Worte „ohne vorherige Abrede" auf und zwar nach den Motiven „in der Annahme, daß die Bestrafung eines solchen" (vorher zugesagten) „Beistandes als eines Teilnehmers (so!) sich aus den allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme ergebe und es füglich der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen bleiben müsse, ob überhaupt nur Hilfeleistung und nicht vielmehr Anstiftung anzunehmen sei". Das RStGB. selbst folgt jedoch wiederum dem PrStGB. und ist dem § 257, auf Antrag der RTkommission, die ausdrückliche Vorschrift des Abs. 3 hinzugefügt.

45) Die Voraussetzung des Abs. 3 ist, daß die Begünstgg. „vor Begehung der Tat zugesagt worden" sei. Entscheidend ist dabei, wenn es um einen dem Täter zu leistenden Beistand sich handelt, lediglich die Haupttat selbst; findet dabei Mittäterschaft in der Weise statt, daß die verschiedenen Mittäter erst nacheinander tätig werden, so entscheidet, falls die Begünstgg. einem einzelnen Mittäter besonders zugesagt wurde, der Beginn seiner Tätigkeit. Handelt es sich um die Begünstgg. eines Anstifters oder Gehilfen, so muß die Zusage vor Beginn derjenigen Handlung erfolgt sein, die als Anstiftungs- bzw. Beihilfehandlung sich charakterisiert, mag auch mit Ausführung der Haupttat selbst noch nicht vorgegangen sein, so: Geyer HH. **4** 172 N. 1, Herzog StrZ. **11** 273; mißverständlich Köhler GS. **61** 85.

46) Die Vorschrift des Abs. 3 beruht auf dem Gedanken des Gesetzgebers (mißverständlich Köhler GS. **61** 85 N. 29; s. u. Abs. 2), daß dem Täter oder Teilnehmer, dem vor Begehung der Tat Begünstigg. zugesagt worden, dadurch eine „Beihilfe der Tat" zuteil werde (vgl. jedoch N. 44, 47c); von dieser „Beihilfe" (§ 49 N. 11_3) verschieden ist die demnächst nach der Tat erfolgende Beistandleistung; die hierin liegende „Begünstigung" tritt mit jener „Beihilfe" in ideale oder reale Konkurrenz (N. 27). Dieser Sachlage gegenüber bezweckt die Vorschrift des Abs. 3, daß die vor Begehung der Tat zugesagte Begünstgg. „als Beihilfe zu bestrafen" sei, die Grundsätze über Bestrafung im Falle einer Ideal- oder Realkonk. auszuschließen und lediglich Bestrafung wegen Beihilfe eintreten zu lassen; so im wesentlichen: Stuttgart 4. Sept. 74 St. **4** 182, Geyer HH. **2** 422, **4** 173, Hälschner **2** 884, Merkel S. 155, H. Meyer S. 260, Schütze S. 162, v. Schwarze N. 32, Gretener Begünstgg. S. 162 ff. Im Falle einer Realkonk. fällt somit die Bestrafung wegen „Begünstigung" weg, im Falle einer Idealkonk. würde auch ohne jene positive Vorschrift die Bestrafung der Hdlg. meist wegen Beihilfe erfolgen müssen (§ 73), bei denjenigen Verg. jedoch, welche mit Geldstr. bis zu 600 M. oder Gefängnis bis zu einem Jahre bedroht sind, kann jene Vorschrift im konkreten Falle zu einer (vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten) Milderung führen, indem die Beihilfe nach § 44 „milder" zu bestrafen ist.

Sollte eine vorher in Aussicht gestellte Begünstgg. auf die Tat keinen Einfluß geübt haben, weil der Täter das Anerbieten zurückwies (vgl. § 49 N. 7), so fehlt es an der eine Annahme voraussetzenden „Zusage" der Begünstgg. und kann deshalb eine Bestrafung wegen Beihilfe nicht erfolgen (Hälschner 2 884); sollte aber trotzdem nach der Tat eine Begünstgg. stattfinden, so tritt dann Strafe ein; Villnow Raub S. 57.

47) Ist die vor Begehung der Tat zugesagte Begünstgg. „als Beihilfe" zu bestrafen, so finden auf sie alle Grundsätze über die Strafe der Beihilfe Anwendung.

a) Eine Bestrafung wegen vorher zugesagter Begünstigg. eines für die Rückfallsstrafe erheblichen V. o. V. genügt zur Begründung der Rückfallsstrafe (§ 244 N. 9).

b) Ist die begünstigte Hdlg. selbst nur auf Antrag verfolgbar, so auch die vorher zugesagte Begünstgg. (§ 61 N. 9; vgl. auch §§ 63, 247,); so: Binding Lb. 2 648 N. 6 I (unter Aufgabe s. früherer Ansicht Hb. 1 637 N. 4), Dochow HH. 4 276 N. 3.

c) Ist in der vorher zugesagten Begünstgg. zugleich eine Anstiftung zu finden (N. 44), so findet Idealkonk. statt, so gut wie mit Beihilfe (§ 73 N. 18b); es muß alsdann die härtere Bestrafung wegen Anstiftung Platz greifen, weshalb der von Schütze S. 162 N. 5 u. G. 20 363 nachgewiesene Redaktionsfehler („Beihilfe" statt „Teilnahme") ohne praktische Folgen ist; so die GM., insbs. RG. III 10. Jan., 3. Nov. 87, E. 15 295, 16 374; aM. H. Meyer S. 260, es könne nur Bestrafung wg. Beihilfe, andererseits Köhler GS. 61 86, nur wg. Anstiftung eintreten. Die weitere Frage, ob neben der Anstiftung auch noch die nachfolgende Begünstgg. bestraft werden könne, ist zu verneinen, da dieses durch die Vorschrift des Abs. 3 ausgeschlossen ist; sie äußert insofern ihre Wirkung, auch wenn im Einzelfall die Strafe wegen Anstiftung und nicht wegen Begünstgg. zu verhängen ist; so: zit. RG. E. 16 374, Binding Lb. 2 660; aM. Oppenh.-D. N. 29, auch wohl Hälschner 2 885.

Wie aber verschiedene Beihilfehdlgen in juristischer Beziehung als eine Einheit erscheinen (§ 73 N. 18b), so auch Beihilfe und vor der Tat zugesagte Begünstigung; die Grundsätze über Verbrechenskonk. finden deshalb keine Anwendung; Stuttgart 28. Dez. 76 St. 7 6.

d) Die Verjährung der Strafverfolgung und die Zuständigkeit richtet sich bei der vorher zugesagten Begünstgg. nach der begünstigten strafb. Hdlg., wie bei der Beihilfe nach der Haupttat.

e) Bei Begünstgg. militärischer V. o. V. (N. 4) findet die Bemerkung § 49 N. 26 i. V. mit § 48 N. 32b entsprechende Anwendung; vgl. RG. II 1. Apr. 87 E. 15 396.

48) Die vor Begehung der Tat zugesagte Begünstgg. ist auch gegen Angehörige strafbar, selbst wenn sie dem Täter oder Teilnehmer nur deshalb gewährt wurde, um ihn der Bestrafung zu entziehen (N. 41).

Strafantrag; Straflosigkeit; Verhältnis zu anderen §§.; Strafe; Verjährung; Zuständigkeit. N. 49—58.

49) Ob und inwieweit die Begünstgg. ein Antragsdelikt sei, ist bestritten (§ 61 N. 7). Berücksichtigt man, daß nach der Methode des StGB. bei jeder strafb. Hdlg., die nur auf Antrag verfolgbar ist, solches an der betreffenden Stelle ausdrücklich hervorgehoben ist, so wird man, mangels einer solchen Vorschrift bei der Begünstgg., von vornherein dahin geführt, daß diese ein Antragsdelikt im gewöhnlichen S. nicht sei. Wenn trotzdem die Fassung der §§ 63, 247, darauf hindeutet, daß die Verfolgung der Begünstgg. unter Umständen von einem Strafantrage abhängig sei, so kann das nur Veranlassung zu der Untersuchung geben, ob der Umstand, daß die Begünstgg. die „Begehung eines V. o. V." zur Voraussetzung hat, dahin seine Wirkung äußere, daß die Verfolgung der Begünstgg. eines Antragsdeliktes von dem Antrage auf Bestrafung dieses letzteren abhängig sei, oder ob jene Bestimmungen des StGB. die Begünstgg. in gewissem Umfange zu einem Antragsdelikte stempeln. Bei dieser Untersuchung müssen die beiden Arten der Begünstgg., die persönliche und die sachliche, auseinandergehalten werden.

50) Die persönliche Begünstgg. ist nicht strafbar, wenn nicht ein staatlicher Strafanspruch zur Entstehung kommt; deshalb kann die auf ein Antragsdelikt bezügliche persönl.

Begünstgg. nicht verfolgt werden, wenn die Antragsfrist versäumt oder der gestellte Antrag zurückgenommen wurde; ist aber das begünstigte Delikt auf gestellten Antrag verfolgbar, so ist auch die Begünstgg. zu verfolgen und zwar nicht nur, wenn die Beistandleistung nach der Stellung des Strafantrags, sondern auch, wenn sie schon vorher erfolgt war (N. 3).

Die sachliche Begünstgg. dagegen setzt ein strafb. V. o. V. nicht voraus; deshalb kann eine auf ein Antragsdelikt bezügl. Begünstgg. dieser Art auch dann verfolgt werden, wenn ein Strafantrag wegen der Haupttat überhaupt nicht gestellt wird (N. 32).

Die vor der Tat zugesagte Begünstgg. eines Antragsdeliktes ist selbst ein wahres Antragsverg. (N. 47 b).

51) Hält man mit den aus der Natur der Begünstgg. sich ergebenden Sätzen (N. 50) die positiven Bestimmungen der §§ 63, $247_{1, 2}$ zusammen, soweit sie auf den „Begünstiger" sich beziehen, so ergibt sich folgendes (nach Binding Lb. 2 648 f. N. 6 I aE. dem Rechtsbedürfnis entsprechendes) Resultat:

a) Nach § 247_2 müssen die daselbst Abs. 1 gegebenen Vorschriften über relative Antragsberechtigung in gewissem Maße auf die Begünstgg. eines Diebst. oder einer Unterschl. Anwendung finden; es kann sich dabei jedoch nicht um die aus § 257_1 strafb. Begünstgg. handeln, denn diese ist durch eine für erforderlich zu erachtende ausdrückliche Bestimmung als solche zu einem Antragsverg. nicht erhoben, die persönl. Begünstgg. aber eines Antragsdeliktes setzt zu ihrer Bestrafung einen gültigen Strafantrag bezüglich der begünstigten Straftat voraus, die sachl. Begünstgg. eines solchen Deliktes ist dagegen auch ohne Antrag auf Bestrafung der begünstigten Hdlg. verfolgbar. Die Vorschrift des § 247_3 zwingt aber auch keineswegs zu einer diesen Sätzen widersprechenden Auslegung, denn die vor Begehung eines Antragsdeliktes zugesagte Begünstgg. ist wahres Antragsdelikt; wird sie auch „als Beihilfe" bestraft, so ist doch derjenige, der infolge einer solchen Zusage demnächst den Beistand leistet, immerhin „Begünstiger"; lediglich einen Begünstiger dieser Art hat § 247_2 im Auge.

b) Gleiches gilt aber auch von § 63; auch die dort gegebene Vorschrift geht nicht von der Voraussetzung aus, daß die „Begünstigung" im allg ein Antragsdelikt sei; die Vorschrift gibt einen guten Sinn, wenn das Wort „Begünstiger" lediglich von einem solchen Begünstiger verstanden wird, der die Begünstgg. eines Antragsdeliktes vor dessen Begehung zugesagt hat.

52) Die in den N. 49—51 entwickelte Ansicht widerstreitet der GM. Es nimmt Binding Hb. 1 637 u. Lb. 2 648 N. 6 I (s. jedoch o. N. 51) zwar an, daß die Begünstgg. nie Antragsdelikt sei, im übrigen aber wird sowohl die persönl. als auch die sachl. Begünstgg. in mehr oder minder weitem Umfange für ein Antragsdelikt erklärt.

Am verbreitetsten ist die Ansicht, daß, wenn die begünstigte Tat Antragsdelikt sei, auch die Begünstgg. nur auf Antrag verfolgt werden könne; man folgert dieses aus der Fassung der §§ 63, 247; so: Hälschner 2 883, v. Liszt S. 601, Merkel S. 155, H. Meyer S. 303, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 20, Rubo § 61 N. 15, Rüd.-St. N. 3, Reber Antragsdel. S. 136, Köhler Strafantrag S. 30, Köhler GS. 61 83.

Eine andere Ansicht geht dahin, daß die Begünstgg. als selbständiges Delikt an sich kein Antragsverg. sei, sondern nur ausnahmsweise im Falle des § 247, wenn der Begünstiger zu dem Verletzten in einem persönlichen Verhältnis der daselbst Abs. 1 bezeichneten Art stehe, sowie im Falle des § 289; so: Dochow HH. 4 276, Hälschner 1 717, v. Schwarze § 63 N. 6 u. GS. 24 376, Ressel Antragsber. S. 24, Herzog G. 29 118, 137.

Zwischen diesen beiden Ansichten steht eine dritte: die Strafverfolgung der Begünstgg. solle bei den absoluten (uneingeschränkten) Antragsdel. stets nur auf Antrag, bei den relativen (§ 61 N. 8) dagegen lediglich dann auf Antrag verfolgt werden, wenn der Begünstiger zu dem Verletzten in einem Verhältnisse der im § 247_1 bezeichneten Art stehe, möge auch der Täter selbst nicht in einem solchen Verhältnisse stehen; so: Merkel HH. 3 739 N. 3, 4 427 f., Meves StrZ. 13 513 ff., Villnow Raub S. 70 ff., im wesentlichen auch Waldthausen G. 29 388, 391 f.; dabei nehmen diese sämtlich an, daß das Prinzip des § 247_2 der Natur der Sache nach auch beim § 263 gelten müsse; Meves u. Villnow nennen unrichtig noch den § 289, dessen Abs. 4 eine absolute Antragsberechtigung statuiert, während § 292 übersehen wird.

Eine eigentümliche Ansicht endlich vertritt v. Buri GS. 29 35 bezüglich der Vorschrift

des § 63, die er im übrigen, da vor Erhebung des Antrages von einer strafb. Begünstgg. keine Rede sein könne, für selbstverständlich erachtet und nur auf die — nicht auf § 263 übertragbare — Ausnahme des § 247 bezieht.

53) Die Frage, ob und inwieweit nach Maßgabe der §§ $247_{2,3}$ bzw. 289_{3} eine Straflosigkeit der Begünstgg. eines Diebst., einer Unterschl. bzw. eines furtum usus anzunehmen sei, beantwortet sich zunächst dahin, daß Abs. 3 des § 247 in seiner Beziehung auf Abs. 2 das. die persönl. Begünstgg. nicht im Auge haben kann (N. 2, 3_{1}); so: Binding Lb. **2** 649 N. II u. Normen **2** 468 N. 680, Frank N. II 1, Gretener Begünstgg. S. 139, der jedoch N. 92 die Frage de lege lata nicht für zweifellos erachtet. Die sachliche Begünstgg. aber ist strafbar, auch wenn das begünstigte V. o. V. straflos ist. Daher sind § 247_{3} i. V. mit Abs. 2 bzw. § 289_{3} auch nur von der vor der Tat zugesagten, als Beihilfe zur bestrafenden Begünstgg. zu verstehen; aM.: Frank § 247 N. IV, v. Schwarze § 247 N. 21, Meves StrZ. **13** 514, Villnow Raub S. 72, Köhler GS. **61** 85, die Straflosigkeit des Begünstigers eines Diebst., einer Unterschl. oder eines aus § 289 strafb. Eigennutzes annehmen, falls der Begünstiger zu dem Verletzten in einem der im § 247_{2} bezeichneten persönlichen Verhältnisse steht.

54) Was das Verhältnis der Begünstgg. zu anderen strafb. Hdlgen betrifft (abgesehen von der begünstigten Hdlg. selbst; s. o. N. 27, 28), so gelten die allgemeinen Grundsätze über Idealkonk. (Schütze S. 163) bzw. über Ausschluß des allgemeineren Strafgesetzes durch das speziellere (§ 73 N. 12); abweichend nimmt jedoch Geyer HH. **2** 423 an, es sei überall vorausgesetzt, daß die Begünstgg. nicht in ein anderes Verbr. übergehe.

Im einzelnen ist zu vergleichen bezüglich des Verhältnisses zu:

§ 90^{5} das. N. 3c; §§ 120, 121 oben N. 20; §§ 154 ff., 164 oben N. 17c; § 258 das. N. 2_{2}; § 259 das. N. 28; § 271 oben N. 20_{2}, KO. § 242^{1} das.

55) Abs. 1 enthält zunächst selbständige Strafandrohungen u. zwar ist die Strafe:

der einfachen Begünstgg. wahlweise Geldstrafe von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16), wobei die Geldstr., als „an erster Stelle“ angedroht, gemäß § 28_{2} (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden kann;

der qualifizierten Begünstgg. Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16).

Der Abs. 1 enthält aber ferner in seinem Schlußsatze eine nach den Motiven durch die akzessorische Natur der Begünstgg. (N. 7) bedingte Bestimmung dahin, daß die Strafe „der Art oder dem Maße nach keine schwerere sein dürfe als die auf die Handlung selbst angedrohte“. Aus der Natur der Bestimmung (vgl. § 111 N. 12) folgt, daß auch die qualif. Begünstgg. in den Fällen, in denen die Haupttat nur mit Geldstr. bedroht ist, gleichfalls nur mit Geldstr. belegt werden kann; so: Binding Lb. **2** 661, Geyer **2** 153 u. HH. **4** 177, Hälschner **2** 883, Merkel HH. **4** 428, H. Meyer S. 261 N. 36, Frank N. VIII, Oppenh.-D. N. 22, v. Schwarze GS. **24** 389, Villnow Raub S. 94, Waldthausen S. **29** 402, Köhler GS. **61** 83; aM. v. Buri GS. **29** 48, während Meves StrZ. **13** 486 einen unlösbaren Widerspruch findet zwischen jener Bestimmung und den ausschließlich Geldstr. o. Festungsh. ohne alternative Verbindung mit anderen Freiheitsstr. androhenden Strafandrohungen.

Daran, daß der Begünstiger härter als der Begünstigte, sowohl auf Grund der im Einzelfall selbständigen, wie der relativen Strafdrohung, bestraft werden darf, ist nicht zu zweifeln; so die GM., insbs. Berlin 29. Jan. 73 St. **2** 236.

Wegen Einziehung vgl. § 40 N. 9_{3}.

56) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_{2} regelmäßig in fünf Jahren, jedoch alsdann schon in drei Jahren, wenn es um die Begünstgg. eines Verg. sich handelt, dessen Strafverfolgung mit Rücksicht auf die dagegen sich richtende Strafandrohung in dieser kürzeren Frist verjährt; es ergibt sich dieses aus der Aufstellung verschiedener Strafandrohungen (N. 55) nebeneinander; vgl. § 111 N. 12_{3}.

Ist die Begünstgg., was möglich, im Einzelfall Dauerdelikt (§ 73 N. 5c), wie z. B. bei der fortdauernden Aufbewahrung gestohlenen Geldes, so beginnt die Verjährung erst

mit Beendigung dieser Hdlg., z. B. durch Rückgabe (§ 67 N. 14a); **RG.** I 19. Juni 82 **E. 6** 412, **Geyer 2** 153.

57) Wegen der Zuständigkeit ist Abschn. 21 N. 2, zu vergleichen. Gehört die Handlung, auf welche die Begünstgg. sich bezieht, nicht zur Zuständigkeit der Schöffengerichte, so ist zuständig **StrafK.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. § 73¹, § 75⁶ (F. v. 5. Juni 05).

58) Wegen Verjährung u. Zuständigkeit im Falle des Abs. 3 vgl. N. 47d.

§. 258.

Wer seines Vortheils wegen sich einer Begünstigung schuldig macht, wird als Hehler bestraft, wenn der Begünstigte

1) einen einfachen Diebstahl oder eine Unterschlagung begangen hat, mit Gefängniß,
2) einen schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen begangen hat, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Diese Strafvorschriften finden auch dann Anwendung, wenn der Hehler ein Angehöriger ist.

PrStGB. §§ 237, 238. Entw. I § 234, II § 253.
Vgl. zu Nr. 1: MStGO. § 63¹.

1) Wer einer qualifizierten Begünstigung (§ 257 N. 38) sich schuldig macht, wird „als Hehler bestraft“, wenn der Begünstigte begangen hat: einen „einfachen“ o. einen „schweren Diebstahl“ (§§ 242, 243), eine „Unterschlagung“ (§ 246), einen „Raub o. ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen“ (§§ 249—252, 255).

Bezüglich dieser im Gesetze ausdrücklich bezeichneten strafbaren Hdlgen ist eine ausdehnende Auslegung ausgeschlossen; so ist es z. B. unzulässig, den Begriff des Diebst. o. der Unterschl. derartig auszudehnen, daß darunter auch die unbefugte, als Jagdverg. (§ 292) strafb. Aneignung von Fallwild zu verstehen sei; **RG.** III 21. Dez. 81 **E. 5** 277, Binding Lb. **1** 384.

2) Die in den früheren Aufl. des Komm. vertretene Ansicht, es sei die aus § 258 strafb. Hdlg. lediglich eine Qualifikation der „des Vorteils wegen“ begangenen Begünstgg., indem es um einen ferneren straferhöh. Umst. dieser an sich schon qualifizierten Begünstgg. sich handele, ist nach dem jetzt in N. 6 zu § 257 Bemerkten nicht mehr aufrecht zu erhalten; vgl. Oetker **GS. 64** 198. Die aus § 258 strafbare, einen besonderen Fall darstellende Begünstgg. wird im Gesetze „Hehlerei“ genannt und speziell, im Gegensatz zu der des § 259, mit der nichttechnischen Bezeichnung Personenhehlerei belegt.

Hiernach schließt notwendig eine „Hehlerei aus § 258“ die Begünstgg. aus; so: Hälschner 2 886, Rüd.-St. N. 7, Gretener Begünstgg. S. 122, Waldthausen **G. 29** 390, Köhler **GS. 61** 88; aM. Schütze S. 164 N. 10, der Idealkonk. annimmt, während v. Buri **GS. 29** 43 zweifelhaft ist, ob „wirklich eine Konkurrenz zwischen §§ 257 u. 258 anzunehmen sei“.

3) Da die Personenhehlerei nur ein besonderer Fall der eigennützigen Begünstgg. ist, so gilt alles, was zum § 257 von dieser speziell (das. N. 38—40) bzw. von der einfachen Begünstgg. (das. N. 1—37) ausgeführt ist, auch btr. der Personenhehlerei. Der durch die Besonderheit des § 258 bedingte Unterschied besteht nur darin:

a. daß objektiv nicht die vorherige Begehung irgend eines V. o. V. ausreicht (§ 257 N. 4, 29), sondern daß eines der im § 258 selbst bezeichneten V. o. V. verübt worden sein muß, wobei es sich, soweit eine Trennung nach Nr. 1 u. 2 stattgefunden hat, um zwei verschiedene Strafgesetze handelt (N. 4), während bezüglich der in jeder der beiden Nr. aufgeführten strafb. Hdlgen alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) zulässig ist; Ostern Alternativität S. 156 N. 9;

b. daß dementsprechend das auch für den Fall des § 258 erforderliche Strafbarkeitsmerkmal der Wissentlichkeit nicht bloß, wie im Falle des § 257, im allgemeinen auf das Vor-

liegen eines V. o. V. sich zu erstrecken hat (§ 257 N. 23—25, 35_2), sondern insbs. dahin gehen muß, daß die Begünstgg. auf ein V. o. V., wie es im § 258[1, 2] bezeichnet wird, sich beziehe, wobei allerdings die „V. o. V.", wie im § 244 (das. N. 9, 13) i. w. S., also namentl. den Versuch mitumfassend, zu verstehen sind; RG. I 28. Feb. 98 E. 31 40. Nach den zum § 257 entwickelten Grundsätzen genügt es aber zur Anwendung der Nr. 1 des § 258, wenn der Begünstiger glaubt „einen Diebst. o. eine Unterschl.", der Nr. 2, wenn er glaubt, „einen schweren Diebst., einen Raub o. ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbr." begünstigt zu haben; ein Irrtum innerhalb der durch die beiden Nr. 1, 2 bezeichneten Kategorieen schließt die Anwendung des § 258 bzw. der betreffenden Nr. nicht aus; dazu kommt, daß der Glaube, einen schweren Diebst. o. einen Raub zu begünstigen, jedenfalls den Glauben, einen einf. Diebst. zu begünstigen, einschließt. Abgesehen von den auch hier sich wiederholenden Meinungsverschiedenheiten darüber, inwieweit die Wissenschaft sich zu erstrecken habe (vgl. § 257 N. 23 aE.), stimmt die GM., insbs. RG. IV 15. März 87 E. 15 364 (Kenntnis des Hehlers von der tatsächl. Beschaffenheit der Haupttat, wenn auch nicht von deren rechtl. Qualifikation), mit jener Auffassung überein.

4) Die Personenhehlerei ist entweder ein Vergehen (Nr. 1) o. ein Verbrechen (Nr. 2). Die „innere Seite der Frage nach der Möglichkeit eines Versuchs", für deren Erörterung bei der Begünstgg. aus § 257 keine Veranlassung vorlag, ist also mit Rücksicht auf Nr. 2 i. V. mit § 63 keineswegs mit Herzog G. 29 125 für erledigt zu erachten. Diejenigen, welche von der Beistandleistung eine Beeinträchtigung des Strafanspruches fordern, wie v. Liszt, H. Meyer u. Frank (§ 257 N. 10), müssen ohne weiteres einen Versuch für denkbar erachten. Aber auch für die Vertreter der GM. liegt die Frage nicht anders, da bei dem Erfordernis einer zur Herbeiführung einer Strafentziehung an sich geeigneten Hdlg. mit dieser begonnen sein kann, ohne daß es auch nur zu einer „Beistandleistung" in diesem Sinne gekommen; so (abgesehen von den Genannten): Schütze S. 642, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 8, v. Buri GS. 29 38, 46, Herzog StrZ. 11 273, Köhler GS. 61 92; aM.: Dresden 1. Juni 77 St. 7 322, Geyer HH. 2 425, 4 176, Rüd.-St. N. 8, v. Schwarze § 257 N. 25 u. GS. 24 388, Gretener Begünstgg. S. 154, 186, Villnow Raub S. 77, Waldthausen G. 29 398 sowie die früheren Aufl. des Komm.

5) Wenn auch die sog. Personenhehlerei in Wahrheit nur eine mehrfach qualifizierte Begünstgg. ist (N. 1, 2), so hat doch der Gesetzgeber durch die Wendung, daß derjenige, welcher einer Begünstgg. aus § 258 sich schuldig mache, „als Hehler" bestraft werde, angedeutet, daß die Grundsätze, die über die Bestrafung bzw. Straflosigkeit der Begünstgg. aus § 257 gelten, hier nicht Anwendung finden sollen. Bezüglich des § 257_2 hebt § 258_2 dieses sogar ausdrücklich hervor. Dasselbe gilt aber bezüglich des Schlußsatzes des § 257_1, denn die Strafandrohungen des § 258 sind völlig selbständig gegeben; so die GM.; aM.: Binding Lb. 1 384, Merkel HH. 3 743 N. 2, Frank N. I.

Ein gleiches gilt endlich bezüglich des § 257_3, der bei der Personenhehlerei aus § 258 keine Anwendung findet; so: Rüd.-St. N. 5, Gretener Begünstgg. S. 124 N. 74; aM.: Stuttgart 4. Sept. 74, Mannheim 23. Feb. 77, St. 4 182, 7 141, Binding aO., Hälschner 2 886, Frank N. I 1, v. Schwarze N. 8. Hiermit hängt die weitere Streitfrage zusammen, ob die Personenhehlerei ideal oder real mit dem Tatbestande des § 257_3 konkurrieren könne; beides ist möglich, da die Personenhehlerei, wie die einfache Begünstgg., mit der Teilnahme am begünstigten V. konkurrieren kann (§ 257 N. 27), die Bedeutung der Vorschrift des § 257_3 aber die ist, daß die in der Zusage der Begünstgg. liegende Beihilfe ausschließlich und nicht noch daneben die Begünstgg. bestraft werde (§ 257 N. 46); so Oppenh.-D. N. 2 u. 9, während die zitt. Entsch. die Möglichkeit jeder Konkurrenz verneinen.

6) Die Frage, ob die Personenhehlerei ein Antragsdelikt sei, ist im vollsten Umfange zu verneinen, da eine dem Abs. 3 des § 257 (das. N. 50—52) entsprechende Bestimmung fehlt. Selbst einzelne derjenigen, die annehmen, die Begünstgg. sei in engerer oder weiterer Ausdehnung ein Antragsdelikt, verneinen die Notwendigkeit des Antrages bei der Personenhehlerei, weil die §§ 63, 247_2 ausdrücklich nur vom „Begünstiger" sprächen; so:

Reber Antragsdel. S. 268, Reffel Antragsber. S. 24, Meves StrZ. **13** 516, Köhler Strafantrag S. 130 u. GS. **61** 90; aM.: Binding Lb. **1** 209 N. 3, Hälschner **2** 886, Merkel HH. **3** 743, H. Meyer S. 610, Schütze S. 461 N. 12, Frank N. I 2, Rüd.-St. N. 6 (anders jedoch § 247 N. 10), Waldthausen G. **29** 391; vgl. ferner RG. II 12. Apr. 81 E. **4** 83, das § 247_3 auch auf § 258 bezieht, da die dort „gedachte Hehlerei sich als eine qualifizierte Begünstgg. darstelle"; ebenso Frank § 247 N. IV.

Entsprechend ist auch die Frage zu beantworten, ob eine Straflosigkeit der auf einen Diebst., eine Unterschl. (§ $247_{2,3}$) oder ein furtum usus (§ 289_5) bezüglichen Personenhehlerei anzunehmen sei (vgl. § 257 N. 53).

7a) Die Hauptstrafe des Verg. (Nr. 1) ist Gefängniß von 1 T.—5 J. (§ 16), die ordentliche Hauptstr. des Verbr. (Nr. 2) ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) zugelassene Hauptstrafe Gefängnis von 3 Mt. bis 5 J. Wegen der Nebenstrafen vgl. § 262.

b) Der Versuch (N. 4) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 strafbar.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 beim Verg. (Nr. 1) in fünf, nach § 67_1 beim Verbr. (Nr. 2) in zehn Jahren.

Wegen der Zuständigkeit bezüglich des Vergehens (Nr. 1) vgl. Abschn. 21 N. 2_2. Gehört die Hdlg., auf welche die Hehlerei sich bezieht, nicht zur Zuständigkeit der **SchöffenG.** (GVG. § 27^8; F. v. 5. Juni 05), so ist zuständig **Strafk.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. § 73^1, § 75^9 (F. v. 5. Juni 05).

Wegen des Verbrechens (Nr. 2) ist zuständig **Strafk.**; GVG. § 73^2.

§. 259.

Wer seines Vortheils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei Anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Gefängnis bestraft.

PrStGB. §§ 237, 238. Entw. I § 233, II § 254.

Vgl. MStGO. § 63^1.

1) § 259, der die sog. Sachenhehlerei oder Partiererei behandelt, zieht den Kreis der Strafbarkeit bedeutend weiter, wie § 257 btr. der Begünstgg. oder gar wie § 258 btr. der Personenhehlerei, die auf die Beistandleistung solcher Personen beschränkt sind, die eines Verbrechens o. Vergehens bzw. eines bestimmten V. o. V. sich schuldig gemacht haben. Im Gegensatze hierzu ist die Partiererei „aus kriminalpolitischen Rücksichten" auch dann für strafbar erklärt, wenn sie auf Sachen sich bezieht, die durch eine Übertretung erlangt wurden.

2) Unter „Sachen" werden nach der GM., wie meist im StGB. (§ 137 N. 1), nur körperliche Sachen verstanden, aber solche aller Art, insbs. auch Geld (RG. IV 10. Dez. 01 G. 48 450), wie auch die unbeweglichen Sachen; Binding Lb. 1 387, Köhler GS. 61 101. Ebenso kann z. B. eine Schuldurkunde über ein empfangenes Darlehn Gegenstand der Partiererei sein; Berlin 6. Juni 73 St. 3 69. Durch Erwerb eines Pfandscheines kann das Pfand selbst Gegenstand eines hehlerischen Erwerbes werden; RG. III 24. Apr. 90 E. 20 399 (btr. HambR., jedenfalls aber auch nach heutigem Zivilr. zutreffend), jedoch nur sofern die Inbesitznahme der Pfandsache erfolgt, sei es nach BGB. § 931 (Köhler GS. 61 97) o. durch Einlösung; vgl. N. 10b.

Die „Sachen" brauchen keine fremden zu sein und zwar weder für den, der sie „mittels einer strafb. Hdlg. erlangte", den „Haupttäter" (RG. II 31. Jan. 90 E. 20 222 btr. Erlangung der eigenen Sache seitens des Haupttäters unter Verletzung des § 289, Binding Lb. 1 387, Rüd.-St. N. 3, Köhler aO.), noch für den Hehler selbst (so die GM., insbs. RG. IV 11. Dez. 88 E. 18 303 btr. Partiererei begangen hinsichtlich einer dem Hehler selbst gehörigen Pfandsache, die durch eine aus § 289 strafb. Hdlg. seitens seiner Ehefrau erlangt war).

Die „Sache" braucht übrigens in niemandes Eigentum zu stehen, sie kann auch — wie namentl. im Falle der Erlangung mittels Verletzung fremder Okkupationsrechte — eine herrenlose sein; Berlin 24. Mai 76 St. 6 321, Binding aO. u. Normen 2 576, Hälschner 2 889, Waldthausen G. 29 405.

3a) Unter „einer strafbaren Handlung", mittels der die Sachen erlangt sein müssen, ist eine kriminell strafb. Hdlg. zu verstehen (§ 111 N. 3). Ob sie nach Reichs- oder Landesrecht strafbar, ist gleichgültig; Berlin 24. Mai 76 St. 6 321. Dagegen genügt es nicht, wenn die Hdlg. nur „dienstordnungswidrig" und deshalb vielleicht disziplinarisch strafbar ist; ebensowenig, wenn nur festgestellt wurde, daß die Sache „nicht auf rechtmäßige Weise" erlangt sei; Dresden 29. Jan. 77 St. 7 325.

b) Mit der kriminell strafb. Hdlg. (a) wird ohne weiteres das Vorliegen eines strafb. Tatbestandes auch in subjektiver Beziehung (RG. III 19. Mai 92 G. 40 149) und somit namentl. die Deliktsfähigkeit des Täters der Vortat erfordert; so die GM., insbs. RG. II 17. Jan. 02 E. 35 73 (namentl. für den Fall des Vorliegens des § 51 i. S. der GM., das. N. 12).

c) Weil aber die Partiererei ein der sachlichen Begünstgg. ähnliches Vermögensdelikt ist, das, wie diese, auf Erhaltung der widerrechtlich erzeugten Vermögenslage geht (N. 16_2, 25), so kann es nicht darauf ankommen, daß die strafb. Hdlg. auch im Einzelfall wirklich strafbar sei (vgl. T. I Abschn. 3 N. 6 über straflose „strafb. Hdlgen"); in diesem Sinne bedarf es nur der Feststellung einer objektiv strafb. Hdlg.; so im allg.: Binding Lb. 1 387 u. Normen 2 468 N. 680, v. Liszt S. 489, H. Meyer S. 611, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 5, Herzog G. 29 122, Gretener Begünstgg. S. 171, Köhler GS. 61 93, 104; vgl. auch RG. I 28. Feb. 84 E. 10 155; aM.: Hälschner 2 888, Merkel HH. 4 429, Waldthausen G. 29 403. Deshalb ist Partiererei insbs. auch dann denkbar, wenn:

α. die Haupttat von einem Ausländer im Ausl. verübt war und die Deutschen Gerichte nach §§ 3, 4 zur Verfolgung des Haupttäters nicht befugt sind; RG. I 17. Dez. 88 E. 18 298, Binding aO., Oppenh.-D. N. 25, Köhler aO. 105 N. 2;

β. der Haupttäter (trotz Deliktsfähigkeit) wegen kindlichen Alters gemäß § 55 strafrechtlich nicht verfolgt werden kann; so: RG. II 6. Juni 82 E. 6 336, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 7; aM.: Binding Lb. 1 386 u. Normen 2 572, Geyer 2 77, v. Liszt S. 489 N. 3, H. Meyer aO. N. 10, Frank N. II 1, Herbst G. 28 120, Köhler aO. 104;

γ. der Haupttäter wegen fehlenden Strafantrages nicht verfolgt werden kann; Berlin 2. Mai 73 O. 14 332, Dresden 23. Okt. 74, München 19. Apr. 75, St. 5 99, 98, Binding Lb. 1 387 u. Normen 2 572, v. Liszt S. 489, Oppenh.-D. N. 25, Rüd.-St. N. 7;

δ. der Haupttäter auf Grund der Sonderbestimmungen der §§ 247_2, 289_3 persönlich straflos ist; RG. II 12. Apr. 81 E. 4 83, zit. München St. 5 98, Binding Lb. 1 387, Geyer 2 77, Oppenh.-D. N. 25, Rüd.-St. N. 2, Köhler aO. 105;

ε. die Haupttat verjährt ist (vgl. § 257 N. 32 aE.); so: Merkel HH. 4 430, v. Buri, Köhler GS. 29 50, 61 105 N. 2; aM.: Binding Lb. 1 387, v. Liszt S. 489.

4) Die Sache muß mittels der strafb. Hdlg. „erlangt" sein; dies setzt voraus, daß die Sache bereits vorhanden war; eine durch eine Straftat erzeugte Sache ist daher ausgeschlossen; so die GM.; aM. Schütze S. 303 N. 15, 461 N. 13. Dagegen ist eine aus gestohlenem Material angefertigte Sache mittels Diebstahls erlangt, sofern nach Zivilrecht durch die Verarbeitung ein Eigentumsr. nicht erworben wird (RG. IV 5. Juni 94 E. 25 402); das ist aber nach BGB. § 950 nur ausnahmsweise der Fall (sofern der Wert der Verarbeitung o. Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffs); RG. IV 3. Jan. 02 G. 49 117, RMG. II 7. Juni 02 E. 3 90, Binding Lb. 1 387, Frank N. II 3, Köhler GS. 61 103. Führt dagegen die Erlangung der Sache, d. h. die Erwerbung der Möglichkeit einer tatsächl. o. rechtl. Verfügung darüber (Merkel HH. 3 744, Oppenh.-D. N. 6), zum Eigentumserwerb, so ist damit der die Voraussetzung für die Partiererei bildende Mangel der Sache (N. 17) für behoben zu erachten; unrichtig deshalb RG. IV 10. Nov. 96 E. 29 155, soweit Eigentumsübergang auf den Vortäter, d. h. Vermischung unterschlagener Gelder mit den eigenen in Frage kam.

5) Die Sache muß „mittels" einer strafb. Hdlg. erlangt sein. Die Natur der strafb. Hdlg. ist an sich gleichgültig; sie kann eine solche sein, zu deren Tatbestand die Erlangung der Sache gehörte (wie z. B. Diebst.) oder nicht (wie z. B. Meineid, Urkundenfälschung); unbedingt erforderlich ist nur, daß die strafb. Hdlg. im Kausalzusammenhange mit der Verletzung der Vermögensrechte eines anderen zur Erlangung einer unmittelbar mit dem Makel eines verbrech. Erwerbes behafteten Sache geführt habe (vgl. dagegen u. Abs. 2 sowie N. 16_2, 17_2); RG. II 27. Sept. 81, BStS. 17. Apr. 82, III 11. Dez. 84, E. 4 440, 6 218, 11 342, I 15. Mai 82 R. 4 487 (dieses i. c. den Zusammenhang verneinend, weil das eingeschwärzte Vieh bereits durch Kauf im Auslande erworben und nicht durch die strafb. Hdlg. der verbotswidrigen Einführung nach D. in das Eigentum des Vormannes übergegangen gewesen sei). Deshalb kann eine geeignete strafb. Hdlg. sein ein Delikt: aus § 137 (Binding Lb. 1 388 u. Normen 2 576 N. 843, Hälschner 2 889 N. 3, Merkel HH. 3 745, v. Schwarze GS. 24 392); oder aus § 289 (so Binding u. das N. 2 zit. RG. E. 18 303); oder aus KO. § 239[1] (RG. III 15. Jan. 94 E. 25 43).

Der notwendige Kausalzusammenhang ist jedoch unterbrochen, wenn anstelle der durch die Straftat erlangten Sachen andere getreten sind; dies gilt gleichmäßig von vertretbaren wie von nicht vertretbaren Sachen und deshalb namentl. auch vom Gelde; der in Geld bestehende Erlös für die durch Diebst. rc. erlangten Sachen ist nicht Gegenstand der Partiererei, ebensowenig wie die Sachen, die für gestohlenes Geld gekauft wurden, oder das Geld, das durch Umwechseln rc. für das gestohlene eingetauscht wurde. So die GM., insbs.: RG. II 6. Juli 80 R. 2 164, 29. Juni 83 E. 8 433 (vgl. § 246 N. 6 II f.), I 15. Nov. 80, 11. Apr. 92, 26. Juni 82, E. 2 443, 23 53, R. 4 622, III 17. Dez. 94 E. 26 317 (wodurch wohl III R. 2 72 aufgegeben ist), RMG. I 20. Juli 03 E. 5 257.

Dagegen konnte von RG. III 15. Juni 81 E. 4 321 Partiererei in einem Falle angenommen werden, wo dem Dritten vom Diebe ein ideelles Anrecht an einem 100 M.-Schein eingeräumt worden war und dieses später durch Umwechselung des Scheins und Teilung des Erlöses verwirklicht wurde.

6) Die Sachen, die der Hehler verheimlicht rc., müssen mittels einer strafb. Hdlg. erlangt sein („sind"), d. h. das Erlangen muß dem Verheimlichen zeitlich vorangegangen sein; die Sache muß den Charakter des deliktischen Erwerbes bereits an sich tragen; so die GM., insbs.: RG. II 28. Mai 80, IV 13. Jan. 88, 20. Juni 90, E. 2 69, 17 59, 21 16, FS. 12. Sept. 81 R. 3 496, RMG. I 20. Juli 03 E. 5 257. Das Delikt, wodurch die Sache erlangt wurde, muß daher regelmäßig vollendet sein, weil die Hdlg. des Dritten sonst Beihilfe sein würde (Hälschner 2 890, v. Schwarze N. 10 u. GS. 24 374), besonders eine solche zur Unterschl. (§ 246 N. 25b); vgl. z. B. das zit. RG. E. 2 69. Anders liegt es jedoch bei einer fortgesetzten strafb. Hdlg. (§ 73 N. 6 ff.); bei einer solchen kann, wenn sie auch noch nicht abgeschlossen war, an den durch die Tat bereits erlangten „Teilquantitäten" Partiererei begangen werden; RG. IV 22. Juni 97 E. 30 163.

War der Erwerb tatsächlich noch nicht vollendet, nahm aber der Dritte solches an, so liegt mangels objektiven Tatbestandes keine Partiererei und mangels subjektiven Tatbestandes keine Unterschl. vor (vgl. § 246 N. 25c); meist wird jedoch eine sachl. Begünstgg. angenommen werden können (§ 257 N. 34). Wegen des umgekehrten Falles vgl. N. 23_3.

7) Mittels welcher strafb. Hdlg. der Dritte die Sache erlangt habe, braucht nicht festgestellt zu werden; nur das darf die Feststellung nicht zweifelhaft lassen, daß die Sache überhaupt mittels einer strafb. Hdlg. erlangt worden sei (vgl. §§ 240 N. 6_3, 257 N. 6); so: RG. I 28. Feb. 84 E. 10 155, II 4. Okt. 81 R. 3 589 (die tatsächl. Feststellung jener Hdlg. brauche nicht nach Maßgabe der StPO. § 266_1 zu geschehen, vielmehr müsse nur zur Genüge nachgewiesen sein, daß die Sache wirklich durch eine strafb. Hdlg. erlangt worden), Binding Lb. 1 387, Oetker GS. 64 119. Übrigens ist zweifellos eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) ausreichend, indem das Gesetz kein Gewicht darauf legt, mittels welcher strafb. Hdlg. die Sache erlangt worden sei; Ostern Alternativität S. 156 N. 9.

Einer Feststellung bezüglich der Person des durch die strafb. Hdlg. Verletzten bedarf es nicht; RG. II 12. Okt. 80 E. 2 323.

8) Die Sachenhehlerei (Partiererei) verlangt — übrigens unter Anwendung der allg. Grundsätze über die Verübung von Kommissivdelikten durch Unterlassungen (§ 1 N. 3) — im Gegensatz zur Personenhehlerei (§ 258) bzw. Begünstgg. (§ 257) bestimmte Hdlgen. Für die Einteilung dieser Hdlgen ist die Entstehungsgeschichte des § 259 von Bedeutung (RG. III 22. Jan. 00 E. 33 120); er beruht (vgl. die Motive, soweit sie von der Partiererei handeln), auf den §§ 237, 238 des PrStGB., deren Eingang ursprünglich dahin lautete: „Wer Sachen ... ankauft, zum Pfande nimmt oder verheimlicht" rc. Diese Fassung wurde durch PrG. v. 14. Apr. 1856 dahin abgeändert: „Wer Sachen ... verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei anderen mitwirkt" rc. Der Regierungsentwurf hatte die Fassung vorgeschlagen: „Wer Sachen ... ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst verheimlicht" und wollte durch den Zusatz „sonst" außer Zweifel setzen, daß das Ankaufen und Zumpfandnehmen nur Beispiele des „Verheimlichens" bildeten, die ihres häufigen Vorkommens wegen besonders herausgehoben würden (G. 3 848 ff., 859). Die Abänderungen gegenüber dem Entwurfe beruhen auf Anträgen, die in der Kommission des Abgeordnetenhauses gestellt und angenommen wurden; während bezüglich des „Vertreibens" bemerkt wurde, daß gerade diese Hdlg. sehr häufig vorkomme und daher auch zweckmäßig ausdrücklich zu erwähnen sei, wurde es im übrigen für richtig erachtet, an den gewöhnlichen Wortsinn des „Verheimlichen" sich anzuschließen und damit „nicht die daneben angeführten Erwerbsarten in Verbindung zu bringen, sondern durch einen denselben hinzuzufügenden allgemeinen Ausdruck alle anderen Erwerbsarten ohne den speziellen Zweck der Verheimlichung und außerdem das „Verheimlichen" als Hehlerei unter Strafe zu stellen" (G. 4 122).

Es ergibt sich hieraus, daß das Gesetz drei Kategorieen von Hdlgen unterscheidet: a. das Verheimlichen (N. 9); b. das Ansichbringen (N. 10—13); c. das Mitwirken zum Absatze bei anderen (N. 14, 15); so die GM., jetzt auch Binding Lb. 1 390, ebenso Frank N. IV, Köhler GS. 61 94, während Waldthausen G. 29 406 das „Verheimlichen" unter den allgemeinen Begriff des „Ansichbringens" einbegreift. Übrigens lassen die Hdlgen sämt-

lich begrifflich einen Versuch (§ 43) zu, was für den Verbrechenstatbestand des § 261 von Wichtigkeit ist.

Hdlgen, die unter eine jener drei Kategorieen nicht zu bringen sind, erfüllen den Tatbestand der Partiererei nicht; so z. B. nicht die Teilnahme an den Vorteilen einer strafb. Hdlg. durch den Mitgenuß der Früchte, sofern darin nicht (da von einer Mitwirkung zum Absatze bei anderen nicht die Rede sein kann) ein Verheimlichen oder ein Ansichbringen liegt; so: RG. III 25. Sept. 80 E. 2 401, Oppenh.-D. N. 19 (vgl. u. N. 13a, b, 20c); aM. H. Meyer S. 611.

9) „Verheimlichen" bezeichnet ein „Verhindern des Wissens"; es ist deshalb nicht gleichbedeutend mit Verbergen, das lediglich ein „den Blicken anderer Entziehen" bedeutet (aM. Schütze S. 462); jenes ist deshalb nicht nur durch körperliches Verstecken, sondern auch auf andere Weise möglich, weshalb auch der Verheimlichende eine Verfügungsgewalt über, bzw. Besitz o. Gewahrsam an der Sache nicht zu haben braucht; so: RG. III 13. Juni 04 G. 51 400 (fälschliches Ableugnen des Aufenthaltsortes der Sache gegenüber dem zuständigen Beamten), Hälschner 2 890, Frank N. IV 1, Oppenh.-D. N. 14, Villnow Raub S. 98, Neues StrZ. 13 522, Geyer GS. 27 378, Gretener Begünstgg. S. 175; aM.: Merkel HH. 3 746, 4 431, v. Schwarze N. 14 u. GS. 24 397, Waldthausen G. 29 406. Obschon hiernach die Verheimlichung auch durch irreführende Worte, Täuschungen 2c., selbst bloßes Ableugnen, wenn sie die Auffindung der Sache bei anderen erschweren (RG. II 18. Jan. 01 G. 48 116) geschehen kann, so werden doch solche, wie z. B. die unrichtige Angabe, schon lange im Besitze der Sache zu sein, dann nicht genügen, wenn die btr. Sache dabei gleichzeitig den Blicken des Nachfragenden dargeboten wird; in solchem Falle erscheint die körperl. Sache selbst nicht verheimlicht; so auch das zit. RG. G. 48 116, eine wahrheitswidrige Angabe über den angeblich rechtmäßigen Erwerb einer bereits vorgefundenen Sache zwecks Vereitelung der Beschlagnahme o. Rückerstattung an den Eigentümer reiche nicht aus.

10a) „Ansichbringen" bezeichnet die Erwerbung eigener Verfügungsgewalt über die Sache auf abgeleitetem Wege; eine Erlangung der Innehabung, die nicht dazu erfolgt, um zu eigenen Zwecken über die Sache zu verfügen, erfüllt daher den Begriff nicht; so die GM., insbs. RG. I 15. März 80, II 20. Nov. 83, III 25. Sept. 80, IV 13. Jan., 11. Dez. 88, E. 1 279, 9 199, 2 401, 17 59, 18 303, II 19. Okt. 83, III 22. Sept. 80, 9. Juli 85, R. 5 616, 2 240, 7 484. Demnach begeht, wer eine von einem Dritten durch eine strafb. Hdlg. erlangte Sache auf anderem als abgeleitetem Wege, z. B. durch eigenmächtige Wegnahme oder Finden, in seine Verfügungsgewalt bringt, keine Hehlerei, sondern vielleicht Diebst. (§ 242) oder Unterschl. (§ 246); der Betreffende setzt dann nicht eine bereits durch ein Delikt geschaffene rechtswidrige Vermögenslage fort, sondern unternimmt einen selbständigen Angriff; so die GM., insbs. RG. III 8. Dez. 87 R. 9 711.

b) Das „Ansichbringen" bezeichnet die Erwerbung der tatsächlichen Verfügungsgewalt auf dem zu a bezeichneten Wege; davon, daß dem Hehler auf Grund eines unter eine bestimmte zivilrechtliche Kategorie fallenden Vertrages eine rechtliche Herrschaft übertragen werde, kann ebensowenig die Rede sein, als wie davon, daß der Dieb die gestohlene Sache in seine rechtliche Herrschaft bringen wolle, bzw. daß der Unterschlagende solches btr. des Gegenstandes der Unterschl. tue (§§ 242 N. 28, 246 N. 10_2); Zweck des Gesetzes ist, einer Befestigung des durch die strafb. Hdlg. herbeigeführten rechtswidrigen Erfolges entgegen zu treten; die Befestigung eines solchen Zustandes erfolgt aber schon durch die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt; demnach kann es auch nicht darauf ankommen, daß die Form des der Übertragung zugrunde liegenden Vertrages gewahrt sei, wohl aber ist der Eintritt jener als die Folge der Willensübereinstimmung zwischen Geber u. Nehmer notwendig; so: RG. II 20. Mai 81, IV 11. Dez. 88, 24. Jan. 90, E. 4 184, 18 303, 20 209, auch die zu a zitt. E. 9 199, R. 7 484, nicht minder aber IV 13. Jan. 88 E. 17 59, das keineswegs hat aussprechen wollen, das Ansichbringen erfordere notwendig einen die Übertragung des Eigentums zum Gegenstand habenden Vertrag; unter der Voraussetzung des gleichzeitigen o. nachfolgenden Besitzerwerbes an der Pfandsache (N. 2) kann deshalb

auch in dem Erwerbe des Pfandscheins, der an sich nur Vorbereitungshdlg. ist, ein Ansichbringen jener selbst gefunden werden; RG. III 31. März 92 E. 23 27, Binding Lb. 1 388. Hiernach ist namentl. auch der Eigentümer der Sache selbst (N. 2$_{3}$) imstande, an ihr Partiererei durch Ansichbringen zu begehen; zit. RG. E. 18 303. Die somit notwendige Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt wird meist durch eine Besitzerlangung geschehen; doch ist dies nicht unbedingt erforderlich, so z. B. nicht, wenn der Hehler das Eigentum an einem Grundstück durch Auflassung erwirbt; hier fehlt es sicher nicht an einer Verfügungsmöglichkeit, auch wenn die Übergabe nicht erfolgt sein sollte; Binding aO. S. 390, Oppenh.-D. N. 16, Villnow Raub S. 100 f., v. Buri GS. 29 51.

c) Das „Ansichbringen" erfordert eine positive Tätigkeit (s. jedoch aE.); wird eine gestohlene Sache von dem Dieb in eine von einem anderen besessene Räumlichkeit gebracht, so wird deshalb letzterer nicht schon dadurch zum Hehler, daß er davon unterrichtet ist und zugleich weiß, die Sache sei mittels einer strafb. Hdlg. erlangt; so: zit. RG. R. 5 616 (ein Ansichbringen seitens eines Ehemannes könne weder in der Annahme eines Geschenkes durch seine Ehefrau, noch in ihrer Billigung gefunden werden), Berlin 14. Sept. 76 O. 17 559, v. Schwarze GS. 24 379, Gretener Begünstgg. S. 175. Ebensowenig liegt darin ein Ansichbringen, wenn jemand in gutem Glauben den Besitz einer gestohlenen Sache erlangt hat und sie demnächst nach erlangtem schlechten Glauben lediglich in seinem Besitze behält; Gretener aO., Waldthausen G. 29 409. Dagegen braucht das „Ansichbringen" nicht als ein persönliches Zugreifen sich darzustellen, vielmehr genügt dazu jedes Tun, das die Unterwerfung durch die eigene Verfügungsgewalt zum Ausdruck bringt, bestehe es auch nur in einer schlüssigen der Tätigkeit anderer hinzutretenden Hdlg., z. B. darin, daß man gestohlenes Heu an seine eigenen Kühe verfüttern läßt; RG. II 18. Jan. 87 R. 9 62. Daß das „Ansichbringen" auch durch eine Unterlassung erfolgen könne, wie Köhler GS. 61 97 N. 2 annimmt, wird praktisch kaum denkbar sein.

11) Nicht notwendig ist, daß der Hehler die Sache unmittelbar von dem an sich gebracht habe, der sie durch die strafb. Hdlg. erlangt hatte; die Sache kann, nachdem sie aus dem Besitze des Haupttäters gekommen, bereits in verschiedenen Händen gewesen sein, ehe sie in die Verfügungsgewalt des Hehlers gelangte; RG. I 13. Okt. 81 E. 5 58, Hälschner 2 891. Es kann somit an der Sache eine zweite und fernere Hehlerei begangen werden.

Eine Feststellung darüber, von wem der Hehler die Sache an sich gebracht habe, also der Person seines Vormannes, ist nicht erforderlich; Berlin 9. Juni 75 O. 16 432.

12) Wie im § 184 (das. N. 7) das „Verkaufen" als eine Art des „Verbreitens" hingestellt ist, so erscheinen hier das „Ankaufen" oder „Zumpfandnehmen" nur als Arten des „Ansichbringens", dessen Erfordernisse (N. 10, 11) daher auch bei jenen Hdlgen zutreffen müssen; RG. IV 13. Jan. 88 E. 17 59. Eben deshalb genügt aber auch ein „Ankaufen" mit der Absicht „für einen Dritten zu erwerben", falls nur der Ankaufende die Verfügungsgewalt erlangt.

Andererseits kann namentl. im allgemeinen die Abschließung eines Kauf- o. Pfandvertrages nicht genügen, weil dadurch eine Verfügungsgewalt nicht erworben wird; nur wenn dieses ausnahmsweise der Fall sein sollte (vgl. N. 10b aE.), kann z. B. im „Kaufen" auch ein „Ankaufen" und somit ein „Ansichbringen" gefunden werden; so die GM., insbs. RG. II 29. Sept. 82 E. 7 85 u. das zit. E. 17 59; aM. Kohler Studien 1 120, der den Abschluß des Vertrages für hinreichend erachtet; zweifelhaft ist Merkel HH. 3 746.

Vgl. übrigens § 246 N. 25b über Beihilfe zur Unterschl. durch Ankauf bzw. Pfandnahme.

13) In anderen Fällen ist das Moment des Ansichbringens streitig geworden:

a) Beim Mitgenuß gestohlener ꝛc. Sachen, namentl. bei dem Mitverzehren von Eßwaren, dem Mitvertrinken von Spirituosen, ist je nach der Sachlage die Erwerbung einer eigenen Verfügungsgewalt und somit ein Ansichbringen anzunehmen oder zu verneinen; so: RG. II 1. Apr. 81, 20. Nov. 83, E. 4 48, 9 199, III 22. Sept. 80, I 13. Okt. 83, R. 2 240, 5 609, Geyer 2 77, v. Liszt S. 490, Frank N. IV 2, Oppenh.-D. N. 19; weiter gehen: Binding Lb. 1 388 u. Normen 2 574 (es liege Sachbeschädigg. vor), v. Schwarze

N. 4 u. GS. **24** 399, Gretener Begünstgg. S. 185, Waldthausen G. **29** 407, die in der Hdlg. ein „Ansichbringen" niemals finden, während nach Hälschner 2 891, H. Meyer S. 611 u. Köhler GS. **61** 95, ein Mitgenießen notwendig voraussetzen soll, daß die Sache dem Genießenden zur Verfügung übertragen sei.

b) Auch in der Annahme des täglichen Unterhaltes (vgl. auch N. 20c) ist je nach Umständen der Erwerb einer eigenen Verfügungsgewalt zu finden oder nicht. So ist zwar ein Ansichbringen in Fällen angenommen, wo eine Zuhälterin mit dem Diebe von dem Ertrage seiner verbrecherischen Tätigkeit lebte (Dresden 26. Juni 71 St. **1** 93, Berlin 26. Juni 72 O. **13** 371), dagegen, weil das eheliche Verhältnis häufig eine andere Auffassung mit sich bringt, verneint, daß die Ehefrau, die von ihrem Ehemanne gestohlene und in die Wohnung eingebrachte Nahrungsmittel zur Deckung des häuslichen Bedürfnisses der Familie verwendet, diese Sachen behufs eigener Verfügung erworben habe (RG. III 25. Sept. 80 E. **2** 401), desgl. daß in dem Empfange gestohlener Viktualien seitens Hausbediensteter zur Zubereitung und zum Mitverzehren ein Ansichbringen liege (RG. III 9. Juli 85 R. **7** 484); vgl. hierzu auch BGB. § 855.

14) „Mitwirken zum Absatze bei anderen."

a) „Absatz" bezeichnet i. S. des § 259 die wirtschaftliche Verwertung der Sache durch entgeltliche Übertragung dinglicher Rechte; so: RG. II 15. Mai 88, IV 6. Juni 99, E. **17** 392, **32** 214 (im Verschenken von Sachen liege kein „Absatz"); weitergehend Binding Lb. **1** 390, jede rechtsgeschäftl. Besitzübertragung, gleichgültig, ob gg. Entgelt o. nicht, sei Absatz. Ohne Übertragung dinglicher Rechte findet kein Absatz statt, so also nicht bei bloßer Vermietung der Sache (Köhler GS. **61** 99); seine regelmäßige Form ist Umsatz gegen einen Gegenwert, so beim Kauf gegen einen Preis, oder auch bei Hingabe an Zahlungsstatt, beim Tausch, insbs. beim Umwechseln von Geld (RG. IV 10. Dez. 01 G. **48** 450); aber auch die Verpfändung stellt einen Absatz dar; RG. zit. E. **17** 392, I 8. Okt. 88 R. **10** 547, Binding aO. 390 N. 2, v. Liszt S. 490, Frank N. IV 3, Köhler GS. **61** 99.

b) Das „Mitwirken zum Absatze" bezeichnet seinem weiten Begriffe nach (§ 243 N. 48) eine irgendwie beschaffene Tätigkeit, durch die der beabsichtigte Absatz ermöglicht oder erleichtert wird bzw. wodurch dem Absatze (persönlich gesprochen: dem Veräußerer, nicht dem Erwerbenden; eine dem letzteren gewährte Beih. würde Beih. z. Hehlerei sein können) vorteilhaftere Bedingungen zu schaffen gesucht werden; zwischen einer den Absatz unmittelbar oder einer ihn nur mittelbar bezweckenden Tätigkeit wird nicht unterschieden; RG. IV 9. Juli 86 R. **8** 531. Hiernach liegt ein Mitwirken zum Absatze namentlich vor im Falle einer Beihilfe zu einem solchen, z. B. durch die mechanische Tätigkeit des Hinschaffens der Sache zum Trödler (so Villnow Raub S. 101, auch wohl Merkel HH. **3** 746 u. Waldthausen G. **29** 407; aM. Meves StrZ. **13** 522, Beih. z. Abs. sei nur Begünstgg.), ferner in der Verleitung (Anstiftung) dazu; es kann auch liegen in dem Ankauf für einen anderen, falls dadurch der Veräußerer gefördert werden soll. Endlich aber ist der eigene Absatz gleichfalls eine Mitwirkung, vorausgesetzt, daß der im Auftrage oder wenigstens im Einverständnisse des unredlichen Besitzers geschieht, weil sonst nicht die Partiererei, sondern ein selbständiger Angriff auf das Vermögensrecht eines anderen stattfinden würde (N. 10a). So: RG. II 17. Okt. 93 E. **24** 352, Binding Lb. **1** 391 N. 2, Hälschner 2 892, Merkel HH. **3** 746 N. 15, Schütze S. 462 N. 16, Frank N. IV 3, Oppenh.-D. N. 22, v. Schwarze N. 17 u. GS. **24** 400, Waldthausen G. **29** 407; zweifelhaft ist Gretener Begünstgg. S. 167. AM. Berlin 20. Juni 73 St. **3** 20, der Haupttäter müsse selbst irgendwelche Tätigkeit bei dem Absatze ausüben. Im Falle bloßer Beihilfe zum Absatz (s. o.) wird dagegen das Erfordernis des Einverständnisses o. Bewußtseins des unredl. Besitzers nicht aufzustellen sein (§ 49 N. 17); auch ohne solches liegt ein selbständiger Angriff des Beistandleistenden nicht vor; so Köhler GS. **61** 99; aM. Frank N. IV 3, auch wohl Binding aO.

c) Abgesehen von den erörterten rechtlichen Gesichtspunkten ist die Frage, wann eine Mitwirkung zum Absatze — d. h. zum Zwecke des Absatzes — einer Sache bei anderen anzunehmen sei, wesentlich Tatfrage; vgl. RG. II 20. Dez. 81, 8. Mai 83, E. **5** 241, **8** 265

(letzteres die Frage behandelnd, unter welchen Voraussetzungen ein Mitwirken zum Absatze darin gefunden werden könne, daß jemand dem Diebe gestatte, mit dem gestohlenen Gelde seine — des Einwilligenden — Schulden zu bezahlen). In der Verarbeitung des Gestohlenen behufs besserer Verwertbarkeit im Handelsbetriebe des Diebes kann eine solche Mitwirkung gefunden werden. Dagegen ist die bloße Übernahme einer gestohlenen Sache unter dem Versprechen, nach einem Abnehmer sich umzusehen, keine derartige Mitwirkung; **RG.** I 9. Juni 02 **G. 49** 274.

d) Wenn ein „Mitwirken zum Absatze bei anderen" erfordert wird, so sind dadurch diese „anderen", abgesehen von der Person des Täters, dem an der Verwertung gelegen ist, nur im Gegensatz zur Person des Hehlers gedacht; diesem gegenüber erscheint als ein „anderer" auch derj., dem die Sachen durch die strafb. Hdlg. rechtswidrig entzogen werden; **RG.** III 29. Nov. 97 **E. 30** 401.

15) Streitig ist, ob die „Mitwirkung zum Absatze" die Herbeiführung des Absatzes erfordere. Der Wortlaut des Gesetzes spricht für die Verneinung der Frage; andererseits ist der für die Bejahung hauptsächlich angeführte Grund, daß sonst im Gesetze ein Widerspruch liegen würde, weil der Versuch des „Ankaufs" straflos sei, nicht stichhaltig, da der Kauflustige in einer anderen Stellung sich befindet als derjenige, der durch positive Hdlg. sich bemüht, den Absatz der Sache durchzusetzen; so: **RG.** II 20. Dez. 81 **E. 5** 241, IV 26. Sept. 84 **R. 6** 570, Berlin 1. März 72, 9. Apr. 78, **O. 13** 189, **19** 208, Geyer **2** 78 u. **GS. 27** 374 ff., Hälschner **2** 892, v. Liszt S. 490, Merkel **HH. 4** 431, Rüd.-St. N. 15, Meves **StrZ. 13** 526; aM.: Binding **Lb. 1** 391, H. Meyer S. 611, Schütze S. 462 N. 16, Frank N. IV 3, Oppenh.-D. N. 21, v. Schwarze N. 18 u. **GS. 14** 401, Gretener Begünstgg. S. 177, Waldthausen **G. 29** 408, Köhler **GS. 61** 98.

16) Der Charakter der einzelnen im § 259 bezeichneten Hdlgen (N. 8—15) läßt dahin sich bezeichnen, daß der Hehler dadurch zu einer mittels einer strafb. Hdlg. erlangten Sache in eine unmittelbare Beziehung tritt, deren Zweck dahingeht, die durch das Delikt bezüglich der Sache geschaffene widerrechtliche Vermögenslage aufrecht zu erhalten, und folglich dem früheren berechtigten Inhaber deren Wiedererlangung zu erschweren oder unmöglich zu machen; Binding **Lb. 1** 388 u. Normen **2** 573, v. Liszt S. 490, Gretener Begünstgg. S. 174, Meves **StrZ. 13** 521. Das Gesetz hat aber positiv drei Arten der Sachhehlerei unterschieden (N. 8_2); demgegenüber erscheint es nicht zutreffend, von bloßen Modalitäten der Hdlg. zu sprechen; jene sind vielmehr, wenn auch aufs selbe Ziel ausgehend, innerlich verschieden; deshalb erscheint eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) nicht zulässig; vgl. **RG.** IV 22. April 04 **G. 51** 354, die StPO. § 264 anwendet bei „Ansichbringen" u. „Verheimlichen"; aM. **RG.** II 20. Dez. 81 **R. 3** 813, Wertheimer Mischgesetze S. 56, sowie die früheren Aufl. des Komm., während Köhler **GS. 61** 100 alternative Feststllg. zwar btr. Mitwirken, Absatz- u. Ansichbringen für unzulässig, dagegen btr. Verheimlichen u. einer der beiden anderen Formen für zulässig erachtet.

Der Partierer hat es hiernach nur mit der Sache selbst (N. 5), die durch eine strafb. Hdlg. erlangt wurde, nicht mit dieser letzteren zu tun; Villnow Raub S. 78. Die strafb. Hdlg. tritt zurück; das gilt selbst für den Fall des „Mitwirkens zum Absatze", obschon hier ein Zusammenwirken des Täters mit dem Hehler nach demselben Ziele hin stattfindet (N. 14); vgl. jedoch Meves **StrZ. 13** 490 u. Geyer **GS. 27** 378. Partiererei ist daher nur denkbar an einer mit einem Mangel hinsichtlich der Art der Erlangung behafteten Sache; ein solcher Mangel ist erforderlich, weil die Partiererei, d. h. die Aufrechterhaltung einer hinsichtlich der Sache geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage, bei dem begriffsmäßigen Zurücktreten der Tat nicht anders möglich ist, als wenn die Hdlg. des Hehlers mit der Sache und der ihr anklebenden Eigenschaft sich in Verbindung setzt; so namentl. v. Schwarze **GS. 24** 371; vgl. aber auch die N. 5_2 u. 17_2 zit. Entsch.

17) Die Ausführungen in N. 16 stehen der Annahme einer Partiererei in Fällen, wo mittels der „strafbaren Handlung" das Eigentum erlangt worden war, keineswegs unbedingt entgegen (N. 4, 5); denn in allen Fällen, wo der die Sache Erlangende, wie z. B. durch einen Betrug, an ihr nur ein formales Eigentumsrecht erwarb, das materiell

ein rechtmäßiges nicht ist und folglich zur Rückgabe verpflichtet (BGB. § 848), haftet der Sache ein Mangel hinsichtlich des Erwerbes an, der sie als geeignetes Objekt erscheinen läßt; so die GM., insbs.: RG. II 27. Sept. 81 E. 4 440, Merkel HH. 3 745 N. 5, 4 429, im wesentlichen auch Frank N. II 3; vgl. auch das N. 18_2 zit. RG. E. 5 58. So würde auch eine gestohlene Sache, betreffs der gegen den Dieb die Eigentumsklage wegen Verjährung ausgeschlossen ist, noch Gegenstand einer Partiererei sein können.

Wurde dagegen durch eine strafb. Hdlg. in dem N. 5 erläuterten S. mit der Erlangung der Sache zugleich das rechtmäßige Eigentum an ihr erworben, so kann sie einen Gegenstand der Partiererei nicht abgeben; eine widerrechtliche Vermögenslage ist alsdann durch ihre Erlangung nicht geschaffen, eine Aufrechterhaltung einer solchen folglich nicht möglich; eine Befassung mit der Sache, der, wie die Unanfechtbarkeit des Eigentums des sie Erlangenden beweist, ein Erwerbsmangel nicht anklebt, seitens eines Dritten mittels einer der im § 259 bezeichneten Hdlgen kann niemals strafbar sein; zur Annahme einer Strafbarkeit fehlt jeglicher innere Grund, derartig, daß demgegenüber eine Berufung auf den Wortlaut des § 259 nicht ins Gewicht fallen kann. Hiernach liegt Partiererei namentl. auch dann nicht vor, wenn bei einer rechtmäßigen Eigentumserwerbung, z. B. durch Erlegung von Wild auf eigenem Jagdrevier oder durch Einsammeln von Beeren mit Erlaubnis des Waldeigentümers, polizeiliche Strafvorschriften, z. B. über Schonzeiten, verletzt werden; ebensowenig, wenn die Sachen durch Bettelei, oder Geld durch gewerbsmäßige Unzucht erlangt waren, weil der — nicht betrügerische — Bettler sowie die Lohnhure unbedenklich rechtmäßiges Eigentum erwerben. So: RG. BStS. 17. Apr., I 9. Okt. 82, III 11. Dez. 84, 22. Jan. 00, E. 6 218, 7 91, 11 342, 33 120, I 22. Juni 82 R. 4 600 (abweichend früher das zit. E. 4 440), Binding Lb. 1 388 u. Normen 2 574, Geyer 2 77, Hälschner 2 889, v. Liszt S. 489, Merkel S. 327 u. HH. 4 429), Frank N. II 3, Rüd.-St. N. 6, Gretener Begünstgg. S. 173, 183, Waldthausen G. 29 404, Köhler GS. 61 106 N. 1.

18) Während in dem N. 17_2 bezeichneten Falle von einem vitium rei inhaerens überhaupt niemals die Rede war, kann dieses in anderen Fällen zwar vorhanden gewesen, aber geheilt sein, womit alsdann die Möglichkeit, daß in bezug auf die Sache eine Partiererei begangen werden könne, weggefallen ist. So wird der der Sache anhaftende Mangel aufgehoben, wenn die Sache in das Vermögen des Berechtigten wieder zurückgekehrt ist, o. falls der Beschädigte infolge einer Entschädigung der durch das Delikt geschaffenen Vermögenslage seine Zustimmung erteilt, o. falls die Sache von einem gutgläubigen Besitzer ersessen worden ist; so: Binding Lb. 1 386 u. Normen 2 574, Hälschner 2 890, Merkel S. 327 u. HH. 4 430, Rüd.-St. N. 16, Gretener Begünstgg. S. 172ff., Köhler GS. 61 109f.; aM. v. Buri GS. 29 50.

Streitig ist die Frage, ob der anhaftende Mangel dadurch geheilt werde, daß jemand, sei es ein Zwischenmann o. der spätere Hehler selbst (N. 24), den Besitz der Sache in gutem Glauben erlangte. Diese Frage ist zu verneinen, weil die durch das Delikt geschaffene widerrechtliche Vermögenslage durch die Gutgläubigkeit des einen Erwerbers nicht aufgehoben wird, vielmehr nur diesen wegen fehlenden Vorsatzes (N. 21—25) eine Schuld hinsichtlich der bloßen Aufrechterhaltung des Zustandes nicht trifft. So: RG. I 13. Okt. 81 E. 5 58, II 20. Juni 84 R. 6 451, Binding Lb. 1 386 u. Normen 2 841, Geyer 2 78, Hälschner 2 890, Merkel HH. 3 746, 4 429, Frank N. II 2, v. Buri, Gretener aO., Waldthausen G. 29 405. AM.: Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 7 A. 1, 9 u. GS. 24 393, Willnow Raub S. 97.

19) Wegen des im Falle des § 259 einen Teil des Tatbestandes bildenden Merkmals „seines Vorteils wegen“ vgl. die Ausführungen in den N. 38, 39 zum § 257, wo es als straferhöh. Umst. in Betracht kommt; zu weit geht wohl in der Verneinung Köhler GS. 61 121. Damit übereinstimmend ist in der Praxis ein Handeln „seines Vorteils wegen“:

I. angenommen: bei dem, der durch Mitverzehren gestohlener Eßwaren (sofern hierin überhaupt ein Ansichbringen zu finden ist) einen einmaligen sinnlichen Genuß sich verschaffen will; so die N. 13a zit. RG.; bei einem Gläubiger, der von einem unsicheren Schuldner in Anrechnung auf die Schuld gestohlene Waren sich geben läßt; Berlin 26. Juni 72 O. 13 371;

II. **verneint:** bei Zurpfandnahme gestohlener Sachen für ein lediglich im Interesse des Darlehnssuchers gegebenes, zumal zinsfreies Darlehn; Dresden 23. Apr. 77 St. 7 326; während mit Recht die bloße Tatsache, daß eine Sache „weit unter dem Werte" angekauft ist, zur Bejahung dieses Momentes für unzureichend erachtet wurde; RG. I 21. Feb. 81 R. 3 61; dsgl. der Umstand allein, daß jemand eine gestohlene Sache vom Diebe für ein Darlehn wissentlich als Pfand genommen hatte; RG. I 6. Juni 98 G. 46 334.

20) In einzelnen besonders gearteten Fällen ist streitig geworden, ob ein Handeln „seines Vorteils wegen" angenommen werden dürfe.

a) Wenn ein Kaufmann Sachen zu den Preisen ankauft, die er dafür regelmäßig gibt, insbs. also zum Marktpreise, folgeweise nur den Gewinn zu erzielen hofft, den ein Kaufmann beim Wiederverkauf zu machen pflegt, so handelt er dennoch „seines Vorteils wegen"; RG. II 28. Mai 80, I 31. Jan. 81, R. 1 830, 2 772, Frank N. V 3, Oppenh.-D. § 257 N. 21, Simonson Vorteil S. 20.

b) Selbst dann, wenn der Käufer für die Sache bewußter Weise den vollen Gegenwert bezahlte, seine Absicht auch nicht dahin ging, gerade an der angekauften Sache einen Vorteil zu machen, so liegt jenes Moment dennoch vor, wenn nur überhaupt die Absicht obwaltete, mittels des Ansichbringens der Sache einen Vorteil zu erwerben, also z. B. weitere Lieferungen zu veranlassen und für diese billigere Preise zu zahlen; RG. I 6. Dez. 80 E. 3 167, Geyer 2 78, Rüd.-St. N. 4, Oppenh.-D. N. 3, Simonson aO. S. 24.

c) Die Annahme des täglichen Unterhalts (sofern darin überhaupt ein Ansichbringen zu finden ist) ist je nach Umständen ein Handeln „seines Vorteils wegen" oder nicht; angenommen ist dasselbe in den N. 13 b zit. — von Meves StrZ. 13 502 gebilligten — Entsch. Dresden u. Berlin; ebenso von Berlin 15. Juni 75 O. 16 443 in einem Falle, wo eine Ehefrau in der Absicht gehandelt hatte, das Fleisch seitens ihres Ehemannes gestohlener Schafe in ihrer gemeinschaftlichen Wirtschaft zu verwenden. Doch muß gerade die Handlungsweise einer Ehefrau gegenüber ihrem Ehemanne einer konkreten Beurteilung unterliegen, weil diese in ihrer abhängigen Stellung nicht immer in der Lage sich befindet, die ihr von ihrem Ehemanne gebotenen, wenngleich unredlich erworbenen Mittel zurückzuweisen, und sie auch Veranlassung hat, in der Gewährung nicht sowohl einen ihr gebotenen Vorteil als vielmehr die Erfüllung der dem Ehemanne für die Erhaltung der Familie obliegenden Verpflichtung zu sehen; RG. III 15. Jan. 81 R. 2 728, Meves aO., v. Schwarze GS. 24 387. Gegen jene juristische Begründung jedoch: Greteners Begünstgg. S. 188, Simonson aO. S. 21, Lammasch ZStrW. 14 518 N. 30.

21) Verlangt wird, daß der Hehler „weiß oder den Umständen nach annehmen muß", die von ihm verheimlichten Sachen seien mittels einer strafb. Hdlg. erlangt. Es erwies sich, wie die Motive hervorheben, die durch die §§ 237, 238 des PrStGB. „nicht vorgesehene Bestimmung, daß zur strafb. Hehlerei es schon genüge, wenn der Täter den Umständen nach annehmen mußte (so! im § 259 selbst steht „muß"), es seien die in Rede stehenden Sachen durch eine strafb. Hdlg. erlangt, aus praktischen Gründen als geboten". Nach Rubo N. 4 und Rüd.-St. N. 9 soll das RStGB. hierbei dem Entw. eines StGB. für Bremen gefolgt sein; nun sprechen zwar sowohl die Motive zum Art. 138 (§§ 439—443) des älteren von Rubo — als auch die Motive zum Art. 131 (§§ 414—418) des neueren, von Rüd.-St. benannten Entw. v. 1868 ausdrücklich von einer „fahrlässigen Partiererei", wobei es für selbstverständlich erklärt wird, daß der Richter diese in der Regel nur einem „Vergehen" (d. h. i. S. des RStGB. einer „Übertretung") gleich bestrafen werde. Dennoch muß die Annahme für ausgeschlossen erachtet werden, daß im RStGB. durch eine und dieselbe Strafandrohung sowohl eine vorsätzliche wie eine fahrlässige Hdlg. habe getroffen werden sollen. Nur bei den Polizeidelikten und allenfalls bei den Gefährdungsdelikten (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4_2) läßt das StGB. jenen grundlegenden, zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bestehenden Unterschied außer Acht, während kein einziges Beispiel dafür sich findet, daß der Tatbestand eines Verletzungsdelikts unterschiedslos vorsätzliches und fahrlässiges Handeln begreife. Im vorliegenden Falle würde ein solches Vorgehen im Hinblick auf § 261 völlig verwerflich erscheinen und ist, selbst wenn bei Aufstellung des Entw. des RStGB. ein An-

schluß an die Auffassung des Entw. eines StGB. für Bremen vorgeschwebt haben sollte, nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber als solcher, d. h. der übereinstimmende Wille der gesetzgebenden Faktoren des Reichs, im § 259 einen Deliktstatbestand aufstellen wollte, der durch Vermischung von vorsätzlicher und fahrlässiger Hdlg. dem juristischen Gefühl vollständig ins Gesicht schlagen würde. Die Motive gedenken auch des Entw. eines StGB. für Bremen garnicht; sie heben nur die Notwendigkeit einer „praktischen" Lösung der Frage hervor, wozu die Aufstellung einer „Beweisregel" vorzugsweise geeignet ist; allerdings verwirft die Theorie im Strafrecht die Aufstellung von Präsumtionen (vgl. jedoch Binding Hb. 1 590 f.) — allein bezüglich der „Beweisfrage" enthält das StGB. schon an anderen Stellen (vgl. §§ 190, 361 [8]) eine auf „praktischer" Rücksicht beruhende Ausnahme und das juristische Gefühl findet leichter mit der Aufstellung einer formellen, tatsächlich fast ausnahmslos richtigen Beweisregel sich ab, als mit einem gegen den wesentlichsten Grundsatz des materiellen Rechtes verstoßenden Deliktstatbestande. Dies umsomehr, als in jenem Falle der nachweisbare gute Glaube an das ehrliche Erlangtsein der Sache unter allen Umständen eine Verurteilung aus § 259 ausschließt, mag auch der die Sache an sich Bringende die ihm bekannten verdächtigenden Umstände nicht in Betracht gezogen oder unrichtig beurteilt haben, also, wenn er „den Umständen nach annehmen mußte, daß die Gegenstände mittels einer strafb. Hdlg. erlangt waren", einer Fahrlässigkeit — und zwar einer groben — sich schuldig gemacht haben. Denn handelt es sich, wie anzunehmen, um eine bloße Beweisregel, die dem Richter ausdrücklich gestattet, auf Grund der die Tat begleitenden Umstände ohne weiteres zu schließen, daß dem Hehler der strafb. Erwerb nicht unbekannt geblieben sei, so kann die Regel selbstverständlich keine Anwendung erleiden, sobald positiv der gute Glaube des Erwerbers einer mit einem Fehler behafteten Sache erwiesen ist; es ist demnach eine widerlegliche Vermutung der dolosen Verschuldung aufgestellt (vgl. jetzt InvVG. § 175); so namentl., unter Aufgabe früherer abweichender Ansicht, RG. II 29. Sept. 82, 22. Dez. 85, E. 7 85, R. 7 752 (das Gesetz habe nicht neben dem Dolus die Fahrlässigkeitsstrafen oder neben dem Dolus und der Fahrlässigkeit eine neue, weder mit dem einen noch der anderen sich vollkommen deckende Schuldform schaffen wollen), ferner: Berlin 7. März 78 O. **19** 116, Hälschner **2** 893, Löning S. 30, Villnow Raub S. 102, Lucas Subj. Verschldg. S. 116, Bruck Fahrlässigkeit S. 46, auch wohl Rüd.-St. N. 9. Dieser Ansicht stehen am nächsten: Binding Lb. **1** 392 u. Normen **2** 620, Gretener Begünstgg. S. 182, Meves StrZ. **13** 510 u. Oppenh.-D. N. 10, das Gesetz stelle mit den Worten „weiß oder annehmen muß" die beiden im Leben gleich häufigen Fälle des Vorsatzes einander gleich, nämlich die positive Kenntnis von dem fehlerhaften Ursprung der Sachen und die dem Hehler sich aufdrängende Nötigung der Annahme, die Sachen seien durch eine strafb. Hdlg. erlangt; daß der Erwerber der Sache diesen Schluß wirklich gezogen habe, müsse als erwiesen erachtet werden, wenn die Annahme der Partiererei gerechtfertigt erscheinen solle; ähnlich Schmid Präsumtionen S. 66.

AM. sind dagegen einerseits: v. Schwarze N. 8a u. GS. **24** 394, Waldthausen G. **29** 408, auch Schütze S. 461 N. 14, die, mit gewissen Modifikationen, in dem Ausdruck „annehmen muß" die Hervorhebung des Eventualdolus finden; ähnlich: Pelargus Recht **7** 373 ff., insbs. 377, im Rahmen des § 259 sei zur Erfüllung des Merkmals der Wissentlichkt. dol. ev. nicht ausreichend; mit „o. den Umst. nach annehmen müssen" sei ein selbständiges Merkmal für den inneren Tatbestand aufgestellt, das „so ziemlich jede durch die Begleitumstände aufgenötigte Ahndung eines rechtl. fehlerhaften, strafb. Besitzwechsels umfasse", ohne daß beide Merkmale in einem gegensätzlichen, wechselseitig sich ausschließenden Verhältnis ständen. Allein mit Unrecht; denn wenn auch nicht zu bezweifeln ist, daß dem im „Wissen" — in Verbindung mit dem „Wollen" — sich ausprägenden Dolus hier, wie überall, wo das Gesetz nicht klar das Gegenteil ergibt, der eventuelle Dolus (§ 59 N. 6) gleichzuachten ist derartig, daß es in subjektiver Beziehung genügt, wenn der Täter die Möglichkeit, es seien die Sachen mittels einer strafb. Hdlg. erlangt, sich zum Bewußtsein gebracht hat, und auch für diesen Fall die Sache an sich bringen will (RG. IV 10. Apr. 94 E. **25** 221 [vgl. auch zit. RG. E. **7** 85], Binding Lb. **1** 393), so handelt doch derjenige, der den anhaftenden Fehler weder kennt, noch für möglich hält, so wenig mit

direktem wie mit indirektem Dolus, mögen auch die begleitenden Umstände noch so sehr auf die Fehlerhaftigkeit der Sache hindeuten (Bruck aO. S. 46 N. 1); jene im Gesetz gebrauchte Wendung würde also, wenn sie nur auf den Eventualdolus Bezug hätte, einerseits überflüssig, andererseits unzutreffend sein. AM. sind ferner diejenigen, welche annehmen, daß im § 259 außer der vorsätzlichen Hdlg. auch eine fahrlässige mit Strafe bedroht werde, sei es, daß jede Fahrlässigkt. für ausreichend erachtet (Merkel S. 327, H. Meyer S. 258, 612, Frank N. V 1, Rubo N. 4, v. Buri GS. **29** 51), sei es, daß grobe Fahrlässigkt. erfordert (Merkel HH. **3** 747, **4** 430, Köhler GS. **61** 118), sei es endlich, daß nur ein „ganz bestimmter Fall des fahrlässigen Verhaltens" für strafbar angesehen wird, nämlich wenn der Täter den Ursprung der verhehlten Sache nicht kannte, während die fahrl. Nichtkenntnis anderer Tatumstände, z. B. Nichtwissen, daß man zum Absatze mitwirkte, die Bestrafung nicht zur Folge haben würde (so v. Liszt S. 491, der Sache nach auch Waag GS. **34** 257 sowie annähernd Geyer **1** 118, die Umstände müßten so liegen, daß sie zur Erwägung der Vitiosität der Sachen drängten; ähnlich Frank Subj. Tatbestand der Sachhehlerei S. 31 ff.).

22) Die Frage, ob eine alternative Feststellung hinsichtlich des „weiß oder annehmen muß" zulässig sei, muß nach den Ausführungen in N. 21 bejaht werden (§ 47 N. 29); RG. II 14. Mai 80 R. **1** 777, Berlin 12. Feb. 73, 8. Nov. 76, 7. März 78, O. **14** 128, **17** 720, **19** 116, ferner: Pelargus Recht **7** 377, Wertheimer Mischgesetze S. 56.

23) Der Hehler muß wissen, oder den Umständen nach annehmen, daß „die Sachen mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind".

Die GM. ist darüber einverstanden, daß die Kenntnis, mittels welcher strafb. Hdlg. die Sachen erlangt seien, zu den subjektiven Merkmalen der Partiererei ebensowenig gehöre wie die Kenntnis des Täters, der Art, der näheren Einzelheiten und Umstände der Straftat; so namentl. RG. III 31. Jan. 80 E. **1** 180, I 5., 8. Apr. 80, II 4. Okt. 81, R. **1** 537, 583, **3** 529.

Übrigens muß der Hehler, und zwar bereits zur Zeit der Vornahme der btr. Hdlg., wissen 2c., daß die Sachen mittels der strafb. Hdlg. „erlangt sind"; so die GM., insbs. RG. II 28. Mai 80, 19. Okt. 83, E. **2** 69, R. **5** 616; vgl. jedoch Köhler GS. **61** 114. Die Vornahme einer Hdlg. mit Bezug auf zu begehende, zur widerrechtl. Erlangung von Sachen führende, strafb. Hdlgen — also z. B. in Kenntnis davon, daß Sachen gestohlen würden — kann daher den Tatbestand nicht erfüllen. Es liegt deshalb ferner auch, falls der Käufer dafür erachtet, daß eine gestohlene Sache gefunden sei und erst durch den Verkauf vom Finder unterschlagen werde, mangels subjektiven Tatbestandes keine Partiererei und mangels objektiven keine Teilnahme an einer Unterschl. vor (§ 246 N. 25c); so Oppenh.-D. N. 11; aM. Schaper HH. **2** 204 N. 8, auch im Falle des Verkaufs einer gefundenen Sache sei die Unterschl. bereits vollendet (vgl. dagegen jedoch § 246 N. 25b) und der Hehler irre sich „nur in der Natur der bereits vollendeten Hdlg.". Wegen des umgekehrten Falles vgl. N. 6_2.

24) Mit dem eben N. 23_3 erörterten Punkte hängt die Frage nach dem Einflusse des nachträglich überkommenden schlechten Glaubens zusammen; für deren Entscheidung kommt jedoch noch in Betracht, daß die Partiererei bestimmte positive Hdlgen erfordert (N. 8, 10c), sowie daß der der Sache anhängende Fehler durch einen Besitzerwerb in gutem Glauben nicht geheilt wird (N. 18_2). In Berücksichtigung dieser Momente erscheint der nachträglich auftauchende schlechte Glauben zur Begründung der Partiererei allerdings genügend, sofern nur in Verwirklichung seiner eine der durch § 259 erforderten Hdlgen vorgenommen wird und der Erwerber nicht lediglich im Besitze der Sache verbleibt. So: RG. III 22. Jan. 00 E. **33** 120 (insbs. btr. einer „Verheimlichung" nach erlangtem schlechten Glauben), Stuttgart 23. Dez. 74 St. **4** 379, Binding Lb. **1** 393 u. Normen **2** 575 N. 841, Hälschner **2** 894, Rüb.-St. N. 12, v. Buri GS. **29** 61, Gretener Begünstgg. S. 178, Waldthausen G. **29** 409. AM.: v. Liszt S. 491, Merkel HH. **3** 747 N. 20, Schütze S. 462 N. 15, Oppenh.-D. N. 12, Rubo N. 8, v. Schwarze N. 7 u. GS. **24** 402, Rotering G. **47** 90 f.

25) Der Dolus erfordert, abgesehen von dem „Wissen des Umstandes, daß die Sachen mittels einer strafb. Hdlg. erlangt sind" (N. 21—24), den bewußten Willen des Täters, durch eine der im § 259 bezeichneten Hdlgen die durch das Delikt eines Dritten geschaffene widerrechtliche Vermögenslage aufrechtzuerhalten (N. 16); demgemäß kann von der Partiererei keine Rede sein, wenn jemand im Interesse des Beschädigten selbst die von diesem durch eine strafb. Hdlg. erlangte Sache an sich bringt; Hälschner 2 894, Binding Normen 2 575, Gretener Begünstigung S. 179. Wenn der Erwerber der Sache annimmt, die widerrechtl. Vermögenslage sei infolge des Durchganges der Sache durch die Hände eines gutgläubigen Besitzers geheilt, so kann dieser auf dem Gebiete des Strafrechts (N. 18_2) liegende Irrtum nach Annahme der GM. (§ 59 N. 30 ff.) keine Beachtung finden; deshalb erachtete RG. I 13. Okt. 81 E. 5 58 es für rechtlich bedeutungslos, ob der Erwerber der Sache deren Überbringer als in gutem o. bösem Glauben befindlich betrachtete; aM. jedoch Binding aO.

26) Jede einzelne der im § 259 bezeichneten Hdlgen bringt den Tatbestand der Partiererei derartig zur Vollendung, daß mit der Vornahme einer anderen Hdlg. bezüglich derselben Sache, z. B. einer Mitwirkung zum Absatze bei anderen nach vorheriger Verheimlichung, das Verg der Partiererei nicht noch einmal verübt werden kann; die Beziehung aller Hdlgen auf dasselbe Objekt — die durch eine strafb. Hdlg. erlangte Sache — faßt alle solche Einzelakte zu einer strafb. Hdlg. zusammen und begründet eine juristische Einheit (vgl. § 73 N. 5b); so: RG. I 15. März 80 E. 1 279 (btr. einen Fall, in dem gestohlene Gegenstände im Ausl. mit Kenntnis von dem Diebst. angekauft waren, demnächst aber im Inl. eine Mitwirkung zur Weiterveräußerung erfolgte), Geyer 2 78, v. Liszt S. 491, Oppenh.-D. N. 23, v. Schwarze N. 12, Köhler GS. 61 100 (vgl. auch 122 f.). Dagegen behauptet Frank N. III zu Unrecht Einheit bezüglich mehrerer Partierereien auch dann, wenn durch dieselbe Hdlg. erlangte Sachen in Frage stehen.

27) Was das Verhältnis der Partiererei zu der strafb. Hdlg. betrifft, mittels der die verhehlten Sachen erlangt waren, so ist hier ebenso wie bei der Begünstgg. (§ 257 N. 27) streitig, ob ein Teilnehmer an der strafb. Hdlg. auch der Partiererei in bezug auf Sachen, die von anderen Teilnehmern durch dieselbe Straftat erlangt wurden, sich schuldig machen könne, und ev. ob Ideal- o. Realkonk. (§§ 73, 74) stattfinde. Auch hier ist die prinzipielle Frage mit Rücksicht auf die selbständige Natur der Partiererei zu bejahen, bezüglich der Anstifter und Gehilfen zu der strafb. Hdlg. unbedingt, bezüglich der Mittäter aber nur unter der Voraussetzung, daß eine körperliche Verteilung der durch die Straftat erlangten Sachen bereits stattgefunden hat; hinsichtl. der Mittäter jedoch unbedingt verneinend RG. I 1. Juli 01 E. 34 304 u. Köhler GS. 61 110. Ob dabei ideale oder reale Konk. anzunehmen, hängt, wie bei der Begünstgg., von den Umständen ab. So im wesentlichen die GM., insbs. btr. der Anstifter u. Gehilfen: RG. II 30. Dez. 81, 19. Juni 83, 25. März 84, E. 5 282, 8 370, R. 6 219 (letzteres unter der Voraussetzung der zeitl. u. örtl. Trennung beider strafb. Hdlgen selbst für den Fall, daß die Anstiftung durch das Versprechen der Abnahme der zu stehlenden Sachen geschah), III 24. März 87 R. 9 193, I 4. Juli 89 E. 19 354, IV 1. Dez. 99 E. 32 394 (auch falls der Hehler den Dieb durch die Zusage der Abnahme der zu stehlenden Sachen angestiftet habe, sei Realkonk., obschon regelmäßig nicht angezeigt, immerhin möglich), Merkel HH. 3 745, Schütze S. 462 N. 15, Oppenh.-D. N. 2, Gretener Begünstgg. S. 187, insf. auch btr. des Mittäters, falls sein Vorteil mehr betrage, als der ihm an den gestohlenen Sachen zufallende „natürliche Vorteil", Kohler Studien 1 119. AM.: v. Liszt S. 491, v. Schwarze N. 19 u. GS. 24 391, v. Kries ZStrW. 7 565 ff., insbs. btr. der Mittäter: zit. RG. E. 34 304, Frank N. VI 2, Oppenh.-D. N. 2 und zum Teil btr. der Anstifter Binding Lb. 1 391; bei Anstiftg. u. Beih. bejaht Frank N. VI 3 die Möglichkeit der Konk. zwar im allg., jedoch btr. der Anstftg. nur mit der Bindingschen Einschränkung.

28 a) Eine Idealkonkurrenz (§ 73) mit Begünstgg. bzw. Personenhehlerei ist für ausgeschlossen zu erachten; aus der Stellung des § 259 gegenüber den §§ 257, 258 erhellt, daß der Gesetzgeber bei Aufstellung des Tatbestandes der Partiererei von dem Gedanken ausgegangen sein muß, daß die Absicht einer Begünstgg. der an der strafb. Hdlg.

beteiligten Personen nicht obwalte (N. 16); handelt es sich hierum, so greifen die §§ 257, 258 Platz. So: Stuttgart 4. Sept. 74 (btr. §§ 258[1], 259), Dresden 28. Jan. 76 (btr. §§ 257, 259), St. **4** 182, **6** 315, Binding Lb. **1** 385 u. Normen **2** 572, 575, Villnow Raub S. 76 f., 101, Gretener Begünstgg. S. 110, 125 ff. **AM.** einerseits: **RG.** II 25. Sept. 97 E. **30** 268, v. Liszt S. 490, H. Meyer S. 612, Frank Abschn. 21 N. II 2, Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze GS. **24** 370 f., 391, Rethwisch Begünstgg. S. 55, Waldthausen G. **29** 389 u. Köhler GS. **61** 124 ff., die Idealkonk. für möglich halten, andererseits Hälschner **2** 888 u. v. Buri GS. **29** 40 ff., die einen wesentlichen Unterschied zwischen Begünstgg. und Partiererei überhaupt leugnen, indem diese ohne jene nicht denkbar sei; v. Buri erachtet deshalb den § 259 für überflüssig, während er nach Hälschner nur dadurch praktischen Wert hat, daß er zur Anwendung komme, wo § 257 unanwendbar, weil das Vordelikt kein V. o. V. sei. Ist der Tatbestand des § 259 gegeben, so kann die nachfolgende Ableugnung des Besitzes der gestohlenen Sache nicht als Begünstgg. des Diebes i. S. der §§ 257 f. aufgefaßt werden, selbst wenn dadurch die Entdeckung des Diebst. erschwert erscheint, da für den Partierer keine Verpflichtung besteht, ein Geständnis seiner Tat abzulegen.

Die Möglichkeit einer Realkonk. (§ 74) kann dagegen nicht zweifelhaft sein.

b) Mit Erpressung (§ 253) ist Idealkonk. möglich; **RG.** III 12. Juni 02 E. **35** 278.

c) Im übrigen ist § 370[5] N. a zu vergleichen.

29) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16). Wegen der Nebenstr. vgl. § 262.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Wegen der Zuständigkeit vgl. Abschn. 21 N. 2_2. Gehört die Handlung, auf welche die Hehlerei sich bezieht, nicht zur Zuständigkeit der **SchöffenG.**, so ist zuständig **StrafK.** bzw. **SchöffenG.**; GVG. §§ 73[1], 75[9].

§. 260.

Wer die Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

PrStGB. § 239. Entw. I § 235, II § 255.

1) Nach § 260 bildet sowohl das „gewerbsmäßige“ wie das „gewohnheitsmäßige Betreiben der Hehlerei“ einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 (**RG.** II 20. Mai 81, IV 8. Okt. 86, E. **4** 184, **14** 356) und zwar für beide Fälle der Hehlerei (§§ 258, 259); so die GM. Wie im § 260, so treten auch in den §§ 302d u. e die Gewerbsmäßigkeit und die Gewohnheitsmäßigkeit des Handelns elektiv nebeneinander, sie wirken jedoch im § 302e strafbegründend, nicht bloß straferhöhend. Trotz der Nebeneinanderstellung sind aber die beiden Straferhöhungsgründe, wie die Ausführungen in den N. 2—6 ergeben, innerlich und äußerlich verschiedenartig, so daß sie als gleichwertige nicht erachtet werden können und eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) deshalb ausgeschlossen ist; vgl. **RG.** I 14. März 95 E. **27** 138 (btr. StPO. § 264); aM. Wertheimer Mischgesetze S. 56.

In beiden §§. deutet übrigens das Gesetz durch den Ausdruck „Betreiben“ (vgl. auch: § 180 i. V. mit § 181, § 294 sowie „Treiben“ in §§ 181a Abs. 1, 361[6]), ähnlich durch das „ein Gewerbe ausüben“ im § 181a Abs. 2, bzw. „machen“ im § 284, in nicht mißzuverstehender Weise auf die juristische Einheit der etwa vorliegenden mehreren Akte des gewerbs- o. gewohnheitsm. Handelns hin (vgl. § 73 N. 5d, 7b); Binding Hb. **1** 551 N. 13, Bünger ZStrW. 8 685. Trotzdem wird die Natur dieser sog. Kollektivdelikte von den § 73 N. 14b benannten Gegnern der GM. völlig verkannt. Auch im § 150 wird zwar nicht dem Wortlaute, zweifellos aber der Sache nach ein „gewohnheitsm. Betrieb“ vorausgesetzt.

Wegen „Geschäftsmäßigkeit“ vgl. übrigens § 144 N. 1.

2) „Gewerbsmäßig“ ist ein Betrieb als „ständige Einkommensquelle“ (Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. **1** 454), jedoch nicht in dem Sinne einer ununterbrochen o. regel-

mäßig fließenden; erfordert wird vielmehr eine auf die Erzielung von Vermögensvorteilen (§ 263 N. 43), d. h. eines Erwerbes, sich richtende Tätigkeit mit der Absicht, sie nicht bloß einmal, sondern fortgesetzt, wenn auch nur bei günstiger Gelegenheit vorzunehmen; so wesentlich übereinstimmend die GM., insbs.: **RG**. III 24. Apr. 80 R. **1** 654, II 20. Mai 81, 29. Sept. 85, 1. Nov. 81, IV 9. Dez. 87, E. **4** 184, **12** 388, R. **3** 669, **9** 714, ferner u. a.: Binding Hb. **1** 549, Dochow HRl. „GuGB." u. GuGB. S. 56, Hälschner **1** 545, Merkel HH. **3** 749, v. Lilienthal Kollektivdelikt S. 3, 19; vgl. jedoch Koffka WucherG. § 302d N. 1, der dagegen sich wendet, daß auch eine nur „gelegentliche" Tätigkeit den Charakter der Gewerbsmßgkt. haben könne. Eine fortgesetzt auf einen Vermögensvorteil gerichtete Absicht erfüllt deshalb den Begriff nicht; vielmehr muß die Absicht, wenn auch selbst nur einmal vorhanden, auf ein fortgesetztes Handeln zum Zwecke des Erwerbes gerichtet sein; zit. **RG**. R. **9** 714. Jene hiernach erforderliche Absicht liegt namentl. auch dann vor, wenn die Absicht nicht auf den Erlös aus dem Verkaufe der durch die strafb. Hdlgen erlangten Gegenstände, also auf die Erzielung von Geld, sondern unmittelbar auf die Gegenstände (z. B. Lebensmittel) selbst geht; **RG**. III 16. Okt. 80, 25. März 82, 24. Jan. 87, R. **2** 336, **4** 280, **9** 90 (sämtl. btr. § 294), IV 3. Jan. 02 G. **49** 117 (btr. § 260).

Ein gewerbsmäßiger Betrieb wendet sich an das Publikum, wenn auch vielleicht nicht unbeschränkt, sondern nur an gewisse Klassen desselben, muß aber jedenfalls nach Absicht des Betreibenden über einen individuell abgeschlossenen Personenkreis hinausgehen sollen (vgl. dagegen N. 6 letzt. Abs.); so: Dresden 21. Juli 73 St. **3** 121, Merkel HH. **4** 431, v. Buri GS. **29** 53 u. insbs. btr. § 361[6] Rotering § 361 N. 6_3; aM. **RG**. III 14. Nov. 01 G. **48** 442 (gewerbsm. H. könne auch in der wiederholten Abnahme gestohlener Sachen von einem einzelnen individuell bezeichneten Diebe gefunden werden; anders noch btr. § 361[6]: III 29. Okt. 00 G. **47** 441).

3) „Gewohnheitsmäßig" ist ein Betrieb, der einem durch Übung ausgebildeten, bewußt oder unbewußt selbsttätig fortwirkenden Hange zur wiederholten Vornahme der fr. Handlung gleicher Art entspringt; so wesentlich übereinstimmend die GM., insbs.: **RG**. II 24. Jan. 82, IV 1. Dez. 99, E. **5** 369, **32** 394, IV 9. Dez. 87 R. **9** 714, Binding Hb. **1** 550, Dochow HRl. „GuGB." u. GuGB. S. 66, Hälschner **1** 543, Merkel S. 327 u. HH. **3** 749, Wahlberg Kl. Schriften **1** 141, Olshausen Vorbestr. S. 127, Villnow Raub S. 104.

4) Die G.- u. Gmäßigkeit werden nach der Praxis des **RG**. als persönliche Eigenschaften des die btr. Handlung Betreibenden i. S. des § 50 (das. N. 4 I f) angesehen und mit Recht, trotzdem btr. der Gewerbsmßgkt. erhebliche Bedenken obwalten; es erscheint aber eine gleichmäßige Behandlung der Gewerbs- und der Gewohnheitsmßgkt. geboten und bei letzterer ist mit Fug nicht zu bestreiten, daß sie eine persönliche Eigenschaft bilde. Daraus folgt, daß auf den Gehilfen eines gewerbsm. Hehlers § 260 nur dann Anwendung finden kann, wenn jener selbst gewerbsmßg., also mit der Absicht, aus seiner Tätigkeit für sich einen dauernden Erwerb zu erzielen, handelt; **RG**. II 22. Juni 94 E. **26** 3.

5 a) Die Gewerbsmäßigkeit erfordert nicht notwendig mehrere Einzelhdlgen, weil sie durch die auf die Fortsetzung gerichtete Absicht ihr charakteristisches Merkmal erhält (N. 2). Deshalb kann zur Annahme dieses Merkmals ein Einzelfall genügen. So die GM., insbs. **RG**. II 29. Sept. 85, 28. Juni, 1. Nov. 81, III 25. Jan. 83, E. **12** 388, R. **3** 442, 669, **5** 59, I 14. März 95 E. **27** 138. AM. einerseits: Rubo § 67 N. 11 u. v. Buri GS. **29** 55, die eine Mehrheit von Fällen zur Herstellung des Begriffs der Gewerbsmßgkt. erfordern, andererseits Hälschner **1** 545, nach dem zwar eine Hdlg. „unter Umständen" zur Herstellung des Begriffs, nicht aber zur Bestrafung ausreichen soll, weil der Grund dafür nur der erst in einer Mehrheit von Hdlgen sich bewährende „verbrecherische Hang" sein könne. Übrigens ist auch die Feststellg. eines konkreten Einzelfalls gewerbsm. Handelns nicht einmal unbedingt erforderlich, wenn nur die Umstände den Schluß auf das Vorliegen gewerbsm. Handelns überhaupt gestatten; München OberstesLG. 1. Feb. 04 E. **4** 208 (btr. § 361[6]).

b) Die Gewohnheitsmäßigkeit erfordert dagegen begrifflich (N. 3) eine Mehr-

heit von Einzelhdlgen, weshalb ein einzelner Fall zur Konstruktion des Begriffs nicht verwertet werden kann; RG. IV 30. Mai 93 G. 41 137, zit. I E. 27 138. Die Feststellung, ein gewohnheitsm. Delikt sei durch eine fortgesetzte Hdlg. (§ 73 N. 6) verübt, ist daher in sich widersprechend; aM. RG. IV 2. Juli 01 E. 34 310 (unter ausdrücklicher Aufgabe von IV 22. Mai 00 G. 47 373). Eine andere Frage aber ist, ob die Verurteilung wegen eines gewohnheitsm. Verbr. die Feststellung der Verübung mehrerer konkreter Einzelhdlgen, die sämtlich den Charakter der Gewohnheitsmßgkt. an sich tragen, erfordere; diese Frage ist zu verneinen; denn wenn der Richter einen zur Anklage gestellten Fall für erwiesen erachtet, so ist er nach den prozessualen Beweisregeln nicht behindert, den gewohnheitsm. Charakter dieser Einzelhdlg. auf Grund von Anzeigen, die die Annahme wiederholter Begehung rechtfertigen, für nachgewiesen anzusehen, selbst wenn die konkrete Vornahme anderer gleichartiger Einzelhdlgen nicht sollte haben festgestellt werden können; so: Oppenh.-D. § 150 N. 4, v. Lilienthal Kollektivdel. S. 49, Meves G. 41 138 N. *; aM.: Binding Hb. 1 550, Hälschner 1 545, Merkel HH. 3 225, Koffka WucherG. § 302d N. 5, welche die Feststellung bestimmter Einzelfälle fordern.

6 a) Wenn das gewerbsmäßige Verbr. mehrere Einzelhdlgen nicht notwendig erfordert (N. 5a), so reicht doch die Tatsache des Verkaufs der durch eine einzelne Hdlg. erworbenen Sache nicht aus, um darauf die Feststllg. der Gewerbsmßgkt. der Hehlerei zu stützen; Berlin 16. Jan. 73 O. 14 52. Selbst der Nachweis einer Mehrzahl von Fällen der H. genügt nicht; vielmehr muß auch ein Zusammenhang der einzelnen Hdlgen dahin festgestellt werden, daß sie als aus dem einheitlichen Willen des Handelnden, einen in Vermögensvorteilen bestehenden fortgesetzten Erwerb sich zu verschaffen, hervorgegangen sich darstellen; denn diejenigen Hdlgen, bei denen der Täter von dieser Absicht sich nicht leiten ließ, sind keine gewerbsm.; RG. III 2. Feb., II 1. Nov. 81, 29. Sept. 85, R. 3 4, 669, 7 541.

b) Wenn andererseits das gewohnheitsmäßige Handeln zwar mehrere Einzelhdlgen begrifflich erfordert (N. 5b), so ist doch nicht notwendig, daß mehr als ein Einzelfall des gewohnheitsm. Verbr. zur Anklage gestellt werde; so: v. Liszt S. 242, v. Lilienthal Kollektivdel. S. 49, auch Schütze ZStrW. 3 59.

Speziell bei der gewohnheitsm. Hehlerei ist ein Einlassen mit verschiedenen Personen (Vormännern) nicht erforderlich (vgl. dagegen N. 2_2); Berlin 2. Mai 73, 24. Apr. 74, O. 14 332, 15 260, Oppenh.-D. N. 4, Dochow GuSB. S. 84, v. Lilienthal aO. S. 67. Ebensowenig ist eine Mehrheit selbständiger strafb. Hdlgen, wodurch die verhehlten Sachen erlangt waren, notwendig; zit. Berlin O. 15 260.

7) Zum Nachweise sowohl des gewerbsm. als auch des gewohnheitsm. Verbr. können herangezogen werden:

a. bereits abgeurteilte Fälle, die zur Verurteilung geführt haben; so die GM., insbs.: RG. I 10. Dez. 79 E. 1 118, Berlin 15. Dez. 76 O. 17 827 (beide btr. § 284), auch Binding Hb. 1 550 N. 12, der übrigens zutreffend hervorhebt, es sei eine nur aus dem Verhalten des Bestraften zu lösende Frage, ob nicht durch die Bestrafung die Gewohnheitsmßgkt. bzw. die Absicht der Gewerbsmßgkt. gebrochen sei; aM. jedoch: Rubo § 67 N. 11, v. Buri GS. 29 56; selbst frühere Fälle, in denen rechtskräftig Freisprechung ausgesprochen war, können, wenn der jetzt urteilende Richter eine andere Auffassung gewinnt, mit herangezogen werden; RG. IV 1. Juni 00 E. 33 303 (btr. § 294);

b. bereits verjährte Fälle; so die GM., insbs.: RG. II 15. Nov. 81 R. 3 716, Berlin 11. Sept. 74 O. 15 556; aM., außer Rubo u. v. Buri, auch Binding Hb. aO. u. 1 826 N. 7, weil solche Fälle nach der aus dem Grundgedanken der Strafklageverjährung zu entnehmenden Rechtsauffassung unbeweisbar geworden seien;

c. im Auslande begangene, dort vielleicht straflose Fälle; Dochow HRl. „GuSB." Hälschner 1 546, v. Liszt S. 242 N. 7, Merkel HH. 3 225, Oppenh.-D. N. 2, Waldthausen G. 29 410, v. Lilienthal Kollektivdel. S. 54;

d. unter einer anderen Gesetzgebung begangene Fälle, selbst wenn die Hdlg. damals nicht strafbar, ja nicht einmal verboten war; so btr. Gewerbsmßgkt.: RG. II 24. Jan. 82 E. 5 369, btr. Gewohnheitsmßgkt.: RG. III 13. Juli 81, I 23. Jan., 2. Feb., III 26. Apr.

82, E. 4 390, 5 397, R. 4 113, 385 (alle btr. § 302d), allgemein: RG. III 30. Juni 84, R. 6 484 (btr. § 302d), v. Liszt, v. Lilienthal aO.; aM. allgemein Binding Hb. 1 249, 552 N. 15, gegenüber dem Einzelakte, der für sich abgeschlossen und selbständig sei, greife der Grundsatz des StGB. § 2 derartig Platz, daß eine kriminelle Berücksichtigung vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes begangener Hdlgen unstatthaft sei, sowie bezüglich der Gewohnheitsmßgkt. das zit. RG. E. 5 369, weil das gewohnheitsm. Delikt aus einer Mehrheit strafb. Verg. sich zusammensetze, so daß vom Strafgesetze nicht betroffene Hdlgen die Gewohnheitsmßgkt. zu begründen nicht geeignet seien; anderenfalls würden dieselben nicht nur als „Beweisgründe", sondern entgegen dem § 2_1 als „Elemente der Schuld und der Strafe" verwendet werden; dem zustimmend Frank N. zu § 302d u. Kosska WucherG. § 302d N. 6;

e. endlich auch an sich nicht widerrechtliche Einzelfälle, sofern sie, soweit es um die Gewerbsmßgkt. sich handelt, einen auf Gewinn abzielenden Betrieb dartun, wie z. B. Fälle berechtigten Jagens für den Nachweis gewerbsm. unberechtigten Jagens i. S. des § 294 (RG. II 12. Dez. 93 G. 41 421), soweit aber Gewohnheitsmßgkt. in Frage kommt, sofern sie den Hang erkennen lassen, wie z. B. Fälle nicht strafb. Wuchers für den Nachweis gewohnheitsm. Wuchers i. S. des § 302d.

8) Wenn das Gesetz ein g. o. gmäßiges Betreiben einer gewissen Tätigkeit mit Strafe bedroht, so will es das gesamte in der bezeichneten Weise sich qualifizierende Handeln des Verbrechers als eine juristische Einheit bestrafen (N. 1_4). Prozessual folgt daraus, daß durch die Aburteilung einer solchen strafb. Hdlg. alle diejenigen den Charakter der Gewerbs- o. Gewohnheitsmäßigkeit an sich tragenden Fälle erledigt sind, die nach prozessualen Grundsätzen seitens des urteilenden Richters hätten berücksichtigt werden dürfen, gleichgültig, ob solches geschehen oder aus irgendeinem Grunde, insbs. Unkenntnis, unterblieben ist; so die GM., insbs. RG. II 23. Feb. 86 R. 8 134; aM. v. Lilienthal Kollektivdel. S. 64 btr. der später erst bekannt gewordenen Fälle. Auch die Verschiedenheit des Ortes der Begehung begründet keinen Unterschied; RG. IV 4. Juli 93 E. 24 243. Deshalb gelten durch eine Verurteilung betroffen alle Fälle, die sich ereignet haben, nicht vor Eintritt der Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils, wohl aber vor seiner Fällung, mochte auch das erstinstanzliche Urteil erst ergangen sein, nachdem ein früheres Urteil aufgehoben und die Sache an die erste Instanz zurückverwiesen war; RG. II 25. Nov., I 7. Juli 81, 6. Nov. 84, III 12. Juli 82, 17. März 92, II 24. Nov. 93, R. 3 739, 470, E. 11 211, 7 32, 23 7, 24 419. Dem entspricht es andererseits, daß der Richter auch im Eröffnungsbeschlusse nicht erwähnte Einzelfälle berücksichtigen darf (RG. III 17. Juni 89 G. 37 385), ja daß er sogar verpflichtet ist, festgestellte Einzelhdlgen, die erst nach Abfassung des Eröffnungsbeschlusses sich ereignet haben, mit in Betracht zu ziehen; zit. RG. R. 8 134. Prinzipiell ebenso liegt es bei erfolgter Freisprechung; so RG. II 4. Dez. 94 E. 26 299 (btr. den Fall gewerbsm. Glücksspiels), wo die Gewerbsmßgkt. strafbegründend wirkt; § 284). Das RG. hat hier jedoch, wohl wesentlich aus praktischen Gesichtspunkten, zum Teil andere Wege eingeschlagen. So ist, wenn unter Verneinung der Gewerbsmßgkt. nur Einzelfälle nicht gewerbsm. Charakters zur Feststellung gelangen, die Strafverfolgung weiterer im Vorprozesse nicht zur Sprache gebrachter Einzelfälle aus der Zeit vor jenem ersten Urteil für zulässig erachtet (RG. III 19. Nov. 85 R. 7 670, II 20. Sept. 92 E. 23 230), und der Grundsatz ne bis in idem hier der Verurteilung nur insoweit entgegenstehend angesehen, als mit Rücksicht auf das Ergebnis des Vorprozesses eine Verurteilung überhaupt ausgeschlossen ist, wenn der später urteilende Richter die Einzelfälle als Ausflüsse gewerbsm. Handelns ansieht; zit. RG. R. 7 670. Die Verurteilung wegen später ermittelter Einzelfälle ist aber selbst für den Fall vorangegangener völliger Freisprechung anerkannt; zit. RG. E. 24 419.

9) G. u. Gmäßigkeit verbinden sich miteinander, wenn ein Delikt gewohnheitsmäßig zum Erwerbe betrieben wird; es treffen alsdann zwei Qualifikationsgründe zusammen (§ 73 N. 21a); so Wertheimer Mischgesetze S. 56; aM. Binding Hb. 1 550 u. Kosska WucherG. § 302d N. 9, die Gewohnheitsmßgkt. werde durch die weitergehende Gewerbsmßgkt. aufgezehrt.

10) Die Hauptstrafe ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), neben dem nach § 32 RStGB. erkannt werden kann. Wegen ZulPolAuff. vgl. § 262 N. 2.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das. N. 14 b.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73⁶.

§. 261.

Wer im Inlande wegen Hehlerei einmal und wegen darauf begangener Hehlerei zum zweiten Male bestraft worden ist, wird, wenn sich die abermals begangene Hehlerei auf einen schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen bezieht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

Bezieht sich die Hehlerei auf eine andere strafbare Handlung, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Die in dem §. 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

PrStGB. § 240. Entw. I § 236, II § 256.

1) Der von der Rückfälligkeit bei der Hehlerei handelnde § 261 bezieht sich auf deren beide Fälle (§§ 258, 259); so die GM.

Die Rückfälligkeit tritt wesentlich unter denselben Voraussetzungen ein wie diejenige beim Diebst. auf Grund der §§ 244, 245, deren N. zu vergleichen sind; es müssen jedoch beide Vorbestrafungen gleichfalls wegen „Hehlerei" erfolgt sein, so daß, wenn auch die Personen- u. die Sachenhehlerei (§§ 258, 259) einander gleichgestellt sind, doch Vorbestrafungen wegen anderer strafb. Hdlgen die Rückfälligkeit i. S. des § 261 nicht begründen.

Im übrigen waltet, trotzdem in der RKommission infolge der Fassungsänderung des § 244 (Entw. II § 239) behufs Erzielung einer Übereinstimmung auch die Fassung des § 261 (Entw. II § 256) umgestaltet wurde, lediglich eine Verschiedenheit im Ausdruck gegenüber dem § 244 vor. Die Worte: „Wer im Inlande wegen Hehlerei einmal und wegen darauf begangener Hehlerei zum zweiten Male bestraft worden ist, ꝛc." sollen materiell die Reihenfolge der Vorbestrafungen in derselben Weise regeln wie die etwas schwerfälligere Fassung des § 244; Olshausen Vorbestr. S. 122, Pfizer Anti-Seuffert S. 5 (btr. § 264).

2) Die Strafandrohung ist eine verschiedene, je nachdem die „abermals begangene", noch zu bestrafende Hehlerei sich bezieht auf einen „schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen" (§§ 243, 249—251, 252, 255), oder auf eine „andere strafbare Handlung", indem sie in jenem Falle schwerer wie in diesem bestraft wird. Hiernach beherrscht der gleiche Gedanke wie im § 258 den § 261; wie dort (das. N. 3b) für den Grad der Strafbarkeit das subjektive Moment nicht unwesentlich ist, so auch nicht für § 261; er erfordert deshalb Kenntnis des Hehlers von der tatsächlichen Beschaffenheit der Haupttat, und zwar auch soweit das Verhältnis des § 261 zum § 259 in Frage steht; denn wenn jene Auslegung des § 261 für sein Verhältnis zum § 258 richtig ist, so kann er auch im übrigen nicht anders ausgelegt werden; **RG.** IV 15. März 87 **E. 15** 364.

Diese Unterscheidung greift nicht nur bei einer Rückfallshehlerei aus § 258, sondern auch bei einer solchen aus § 259 Platz, was ungerechtfertigt ist, da letzterer selbst nicht unterscheidet; Meves StrZ. **13** 491, Villnow Raub S. 81.

3) Trägt die im wiederholten Rückfalle begangene Hehlerei gleichzeitig den Charakter einer gewerbs- o. gewohnheitsm. Hehlerei, so liegt Idealkonk. (§ 73) vor; Merkel HH. **3** 748, Oppenh.-D. § 260 N. 8, auch wohl Waldthausen G. **29** 410, der nur von der Möglichkeit der „Konkurrenz" spricht; Köhler GS. **61** 91 nimmt Gesetzeskonk. an u. gelangt damit hinsichtl. des Strafergebnisses zum gleichen Resultat, während Binding Hb. **1** 252

u. Lb. 1 394 jede Konkurrenz für ausgeschlossen erachtet, indem er ein Verhältnis der Alternativität annimmt, bei dem stets die im Einzelfall härtere Bestimmung Anwendung finde. Nach § 73 (das. N. 25 ff.) ist deshalb die Strafe, wenn die Hehlerei auf eines der im § 261₁ bezeichneten Verbr. sich bezieht, nach der dort gegebenen Straffanktion, sonst aus § 260, als den in den betreffenden Fällen die schwerste Strafe androhenden Gesetzen, zu bestimmen; vgl. auch Binding Hb. 1 553 N. 20.

4a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstrafe ist Zuchthaus (§ 14,) und zwar im Falle des Abs. 1 von 2—15, im Falle des Abs. 2 von 1—10 J. Für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) ist Gefängnis (§ 16) zu verhängen und zwar im Falle des Abs. 1 von 1—5 J., im Falle des Abs. 2 von 3 Mt.—5 J. Sowohl neben Zuchth. als auch neben Gef. kann nach § 32 VbER. erkannt werden. Wegen ZulPolAufs. vgl. § 262 N. 2.

b) Der Versuch (§§ 258 N. 4, 259 N. 8₃) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

5) Nach § 67₁ verjährt die Strafverfolgung des schwereren Verbr. (Abs. 1) in funfzehn, diejenige des leichteren (Abs. 2) in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[6].

§. 262.

Neben der wegen Hehlerei erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und neben jeder Verurtheilung wegen Hehlerei auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. §§ 237—240. Entw. I §§ 233—236, II § 257.

1) Wegen des Verlustes d. bER. vgl. § 248 N. 1.

2) Hinsichtl. der ZulPolAufs. „neben jeder Verurteilung wegen Hehlerei" vgl. § 38 N. 5, 6.

Zweiundzwanzigster Abschnitt.

Betrug und Untreue.

1) Ausweislich der Motive sind die Titel 21 u. 22 des PrStGB. „unter dem Gesichtspunkte der Verletzung von Treue und Glauben" im RStGB. in einen Abschnitt zusammengefaßt.

Während aber die Bestimmungen über „Untreue" (§ 266) im RStGB. durch die Nr. 2 des § 266 eine Erweiterung erfahren haben, sind diejenigen über den „Betrug" i. w. S. (§§ 263—265), abgesehen von der Einschaltung des den Betrug im wiederholten Rückfalle betreffenden § 264, durch Nichtwiedergabe des im PrStGB. § 243 behandelten sog. qualifizierten Betruges vereinfacht. Dessen einzelnen Fälle (Nr. 1—8) haben teils an anderen Stellen des RStGB. Platz gefunden, so die Nr. 3, 4 im § 150, die Nr. 7, 8 im § 274, teils aber fallen sie jetzt, wie die Nr. 1, 2, 5, 6 unter den allg. Tatbestand des Betruges; vgl., btr. der Nr. 6, Berlin 12. Jan. 72, 8. Juli 74, St. 1 200, 4 186.

2) Zweifellos ist im Abschn. 22 die Materie des Betr. i. S. des EG. § 2 (das. N. 7a) geregelt; RG. III 4. Dez. 80, 7. Feb. 89, E. 3 34, 19 13, Binding Hb. 1 321. Daraus ergibt sich im allgemeinen, daß alle landesgesetzl. Bestimmungen durch welche Vorbereitungshdlgen zum Betr. bzw. bloße Versuchshdlgen unter selbständige Strafandrohungen gestellt sind, ihre Anwendbarkeit verloren haben; zit. RG. E. 19 13.

3) Im einzelnen ergibt sich aus der erfolgten Regelung der Materie:

a) Da die besonderen Vorschriften über strafb. Verletzungen der Post-, Steuer- u. Zoll-Gesetze durch EG. § 2₂ (das. N. 10c) in Kraft erhalten sind, so gehen diese den Vorschriften des Abschn. 22 auch dann vor, wenn ein dort aufgestellter Tatbestand unter den allg. Begriff des Betr. fallen sollte; Binding Lb. 1 341 N. 4, v. Liszt S. 473, Frank § 263 N. IX 3, Kohler Treue u. Glauben S. 47. Aus dem Hervortreten aber eines strafrechtl. Tatbestandes in Beziehung auf einen Gegenstand der Gesetzgebung in Post-, Steuer- o.

Zoll-Sachen folgt noch nicht, daß er ohne weiteres der Herrschaft des StGB. entzogen sei, soweit die Anwendbarkeit des letzteren in dem Sondergesetz nicht besonders vorbehalten worden; jenes ist vielmehr nur dann der Fall, wenn der btr. Tatbestand in dem Sondergesetz wirklich anderweit behandelt ist; so Frank aO.; aM. v. Liszt aO. So erachten **einerseits** die Strafbestimmungen der Steuergesetze für allein anwendbar: RG. I 28. Okt. 80 E. 2 405 (btr. der Steuergesetzgebung der Gemeinde Frankfurt a. M.), II 13. Juli 86, 16. Okt. 88, E. 14 293, 18 151 (btr. des PrKlassensteuerG. v. 1. Mai 1851 § 33), I 20. März 90 E. 20 305 (btr. BZG.), I 2. Juli 94 E. 26 48 (btr. der PrErbschaftssteuerG. v. 30 Mai 1873 u. 19. Mai 1891), IV 30. Dez. 95 E. 28 90 (btr. einer Branntweinsteuerdefraude gemäß § 17 des BranntweinsteuerG. v. 24. Juni 1887), während **andererseits** RG. BStS. 4. Apr. 81 E. 4 50 den nach dem BrausteuerG. v. 31. Mai 72 in der Steuer fixierten Brauer, der durch Täuschung der Steuerbehörde der Nachversteuerung sich entzieht, wg. Betr. straft. Vgl. jedoch Hälschner 2 257 u. 1004 sowie Honemann Steuerdefraudation u. Betrug, Berlin 1894, ferner Behr GS. 54 220 ff. sowie Weber GS. 58 1, 161, insbs. 196 ff. Über das Verhältnis der Strafbestimmungen gg. Betrug zu dem Württemb. WirtschaftsabgabenG. v. 9. Juli 1827 vgl. RG. I 21. Nov. 98 E. 31 354.

b) Die im § 53_7 der Eisenbahn-VerkehrsO. ausgesprochene Verpflichtung zur Zahlung eines Frachtzuschlages steht der Anwendung der Betrugsstr. nicht entgegen, da im EG. § 2 hinsichtl. der strafb. Verletzungen der Vermögensrechte der Eisenbahnen in bezug auf deren Betrieb ein Vorbehalt sich nicht findet; vgl. RG. IV 11. Feb. 87 E. 15 266 (es handle sich nicht um eine öffentl. Strafe, sondern um eine Privatgenugtuung) u. Berlin 12. Juni 77 St. 7 332, beide btr. der entsprechenden Vorschriften in den früheren Eisenbahnbetriebsreglements.

Ebensowenig wird durch § 175 InvVG. btr. Zulässigkt. der Verhängung einer Geldstr. durch die Verwaltungsbehörde die Bestrafung wg. Betr. ausgeschlossen; RG. IV 18. Okt. 95 E. 27 391 (btr. J.- u. AVersicherungsG. § 142).

c) Das PrG. v. 8. Mai 1837 über das Mobiliarversicherungswesen btr. so ist:

α. **noch jetzt in Geltung** dessen § 20, da seine Strafbestimmung die Überversicherung nicht als Vorbereitung zum Betr., sondern als an sich gefährliche Hdlg. treffen will; RG. III 7. Feb. 89 E. 19 13 u. früher schon tatsächlich (ohne bezügliche Ausführung) IV 17. Apr. 85 E. 12 150, ferner § 28, soweit der Versicherte **ohne bösliche Absicht** handelt; Berlin KG. 25. Feb. 97 Jahrb. 18 341;

β. dessen § 28, insoweit die Aufstellung einer zu hohen Brandschadensliquidation in **böslicher Absicht** als vollendeter Betr. zu ahnden war, **außer Kraft getreten**, da er zu den im EG. § 2_2 erwähnten besonderen Vorschriften nicht gehört; RG. III 4. Dez. 80 E. 3 84, IV 15. Feb. 89 G. 37 162 (indirekt), Hälschner 2 279 N. 2, Oppenh.-D. § 263 N. 73, Rüd.-St. § 265 N. 5, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 70, Meves G. 37 164 N. 5.

§. 263.

Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen einen Irrthum erregt oder unterhält, wird wegen Betruges mit Gefängniß bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

Wer einen Betrug gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

PrStGB. §§ 241, 242, 245. Entw. I §§ 237, 238, II § 258.
Entw. d. StGB. Art. 1 § 263. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145. StB. 1875/76 S. 825.
Vgl. MStGO. §§ 63[1], 341₄.

1) Wenn auch lediglich § 266 die Untreue behandelt, so betreffen dennoch die übrigen §§ 263—265 dieses Abschn. nicht den „Betrug" i. e. S.; auf diesen beziehen sich vielmehr nur die §§ 263, 264, während der im § 265 (das. N. 6) unter Strafe gestellte sog. Versicherungsbetr. die Tatbestandsmerkmale des eigentl. Betr. nicht zu enthalten braucht. Nur i. w. S. und namentl. im Gegensatz zur Untreue kann auch das Verbr. aus § 265 als Betrug bezeichnet werden.

Wahrheitsverletzung durch Täuschung. N. 2—17.

2a) Der Tatbestand des Betr. erfordert vor allem eine Täuschung, also das Vorliegen eines Irrtums auf Seiten eines Dritten. Während aber im Falle des § 59 (das. N. 7) der Begriff des Irrtums i. w. S. in Betracht kam, kann es sich hier nur um den Irrtum i. e. S. handeln, d. h. darum, daß in dem Dritten eine irrige Vorstellung von Tatumständen obwalte; beim Mangel jeglicher Vorstellung von einem gewissen Tatumstande, also beim völligen Nichtwissen einer Tatsache kann von einer zum Betrugstatbestande erforderlichen Täuschung nicht die Rede sein; v. Liszt S. 470, Frank N. 111, Rotering GS. **60** 272; ebenso Lammasch Grundr. S. 63.

α) Das heimliche Mitfahren sog. blinder Passagiere auf Eisenbahnen rc. kann daher als vollendeter Betr. nicht angesehen werden; so: **RG.** II 29. Apr. 03 E. 5 76 (85),

Binding Lb. 1 349 N. 4, v. Liszt aO. N. 2, Frank N. V 4, v. Schwarze N. 18, Westrum MagDR. 7 225, v. Bar GS. 40 491 (s. u. N. 26₃), Kohler Treue u. Glauben S. 49 N. **, Rotering aO. 274; aM.: RG. I 20. Juni 81 E. 4 295 (s. u. N. 331), Berlin 26. Juni 76 O. 17 383, Lucas S. 347. Anders liegt es beim Mitfahren ohne Legitimationspapiere, falls das Kontrollpersonal über das Vorhandensein der Berechtigung getäuscht wird; RG. II 13. März 88 E. 17 217, Binding aO.;

β) Ebensowenig stellt der an einem sog. Dienstautomaten verübte Mißbrauch einen Betr. dar; so: Auvers Rechtsschutz d. autom. Wage (Diss. Göttingen 1891) S. 58 f., Ertel Automatenmißbrauch S. 23 ff., Schels Strafrechtl. Automatenschutz S. 36, 38, Schiller Rechtsverhältnisse des Automaten (Diss. Zürich 1898) S. 85, v. Kienitz ThürBl. 46 43, Meili DJZ. 3 383, Rotering aO. 279; aM. Günther Automatenr. (Diss. Göttingen 1892) S. 30 ff., dieser auch btr. der Warenautomaten, weil hier gleichfalls nicht „weggenommen", sd. „übergeben" werde. Vgl. übrigens § 242 N. 18₂.

b) Das bloße Vorliegen eines Irrtums auf Seiten eines Dritten und seine Benutzung durch den Täter genügt aber nicht, vielmehr ist erforderlich, daß letzterer „einen Irrtum erregt oder unterhält" (N. 15, 16); doch reicht auch die hierin liegende Täuschung eines Dritten durch den Täter nicht hin, vielmehr muß die Täuschung in bestimmter Weise verursacht (N. 17) worden sein; nicht Vorspiegelung von Falschem bzw. Entstellung o. Unterdrückung von Wahrem im allg. ist ausreichend, sondern der Gesetzgeber sieht nur dann einen Betr. als vorliegend an, wenn die Täuschung verursacht war „durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung o. Unterdrückung wahrer Tatsachen" (N. 3—14), also durch ein aktives Irreführen, d. h. durch irgend welche in Worten o. Hdlgen betätigte besondere Veranstaltungen, dazu bestimmt, den Anderen in einen positiven Irrtum zu versetzen; RG. III 5. Juli 86 E. 14 310. Eine Täuschungshdlg. wurde überhaupt verneint von RG. IV 24. Feb. 03 E. 36 114 (aM. ORA.) in einem Falle, wo ein Ehemann auf Grund der ZPO. § 384² in einer Schwängerungssache sein Zeugnis verweigerte, obgleich er tatsächlich mit der Klägerin nichts zu tun gehabt hatte; vgl. N. 16a, 40a.

3) Der Begriff der „Tatsache" ist nach N. 2 von bestimmender Bedeutung für den Begriff des Betr. überhaupt. Allerdings fragt es sich zunächst, ob jenem Ausdrucke im § 263 eine besondere, namentlich engere, Bedeutung beigelegt sei, als ihm im allg. zukommt. Es beruht die Fassung des § 263 in der hier in Rede stehenden Beziehung (vgl. Motive) auf § 241 PrStGB.; bei der Redaktion des letzteren glaubte man die für notwendig erachtete Begrenzung des Begriffs „des strafbaren Betruges" durch eine nähere Erläuterung des zur Täuschung angewendeten Mittels zu erreichen und wählte deshalb die Fassung „durch Vorbringung falscher, rc. Tatsachen", indem „man durch die Beschränkung auf „Tatsachen" jene allgemeinen anpreisenden oder tadelnden Äußerungen, welche mehr die Natur des Urteils haben, von dem Tatbestande des Betr. ausschließen wollte"; hierin lag in der Tat gegenüber dem im PrALR. II 20 § 1256 aufgestellten, über das Gebiet der reinen Tatsachen hinausgehenden Betrugsbegriffe („Veranlassung eines Irrtums, wodurch jemand an seinem Rechte gekränkt werden soll") eine wesentliche Beschränkung; Goltd. Mat. 2 538, 542, Beseler PrStGB. S. 461. Dem Begriffe „Tatsache" selbst wurde eine weitere Beschränkung nicht hinzugefügt; auch ist in keiner Weise ersichtlich, daß man beabsichtigte, ihn nach irgend einer Richtung einzuengen; er ist vielmehr nur in einen Gegensatz zu dem gebracht, was eben nicht „Tatsache" ist, so daß deshalb der allg. Begriff einer „Tatsache" für maßgebend erachtet werden muß; aM. Merkel HH. 3 753 N. 10, vgl. auch im allg. Friedsam Begriff der Tats. im § 263 (Diss. München 1893).

4) Wegen des Begriffs der „Tatsache" vgl. § 131 N. 2; btr. einer der Vergangenheit angehörigen Tatsache vgl. beispielsweise: RG. II 4. Dez. 85 E. 13 138, Berlin 12. Juli 71, Dresden 14. Jan. 78, St. 1 157, 8 226; richtig auch v. Liszt S. 470 N. 1 u. H. Meyer S. 580; aM. einerseits Merkel HH. 3 753 u. v. Schwarze N. 12, die unter „Tatsachen" nur der Gegenwart angehörige Verhältnisse verstehen, andererseits Binding Lb. 1 346, der Alles — auch Zukünftiges — darunter faßt, was „gewußt werden könne"; ebenso Lucas S. 350.

5) Wegen des Begriffs der „falschen“ im Gegensatz zur „wahren“ Tatsache vgl. § 131 N. 3. Da die „Tatsache“ nur so in Betracht kommt, wie sie subjektiv vom Täter behauptet insbes. vorgespiegelt wird, so ist es gleichgültig, ob sie, wie z. B. das Behextsein, nach Natur- und Denkgesetzen überhaupt nicht vorkommen kann, oder sonst unmöglich ist; Berlin 2. Juli 75 St. 5 373, Frank N. II 1 Abs. 4.

6) Gehört die Tatsache als etwas Wirkliches der Gegenwart oder Vergangenheit an, so kann unter ihren Begriff weder fallen, was noch ganz in der Zukunft liegt, noch, was gerade das Gegenteil vom Objektiven ist, nämlich eine Kundgebung, die lediglich als eine subjektive Auffassung, ein Glauben, eine Hoffnung, ein Urteil sich darstellt, wenn auch RG. II 1. Juni 83 R. 5 395 richtig hervorhebt, daß mehr oder weniger jede tatsächliche Behauptung ein Urteil in sich schließe. Wer als seine Meinung äußert, daß das und das gegenwärtig der Fall sei oder in der Vergangenheit sich zugetragen haben möge, oder wer verspricht, daß er in Zukunft Zahlung leisten werde, spricht damit nichts Tatsächliches aus; vgl. jedoch N. 9_3. Ob es um Behauptung einer Tatsache oder um Kundgebung einer subj. Auffassung sich handelt, unterliegt der konkreten Beurteilung; so kann in einer unrichtigen Wertangabe bei einer Brandschadensliquidation, mag darin auch häufig nur eine subj. Auffassung kundgegeben sein, nach Umständen die Vorspiegelung einer falschen Tatsache gefunden werden; RG. III 18. Mai 98 E. 46 323 (N. 9a).

7) Die Tatsachen sind entweder äußere, wenn sie in die Außenwelt treten, oder innere, wenn sie im Innern des Menschen sich abspielen, wie Ansichten, Absichten, Beweggründe einer Person, die auch, wenn sie geäußert oder ausgesprochen werden, dennoch ihrer Natur nach lediglich „der Gedankenwelt angehören“. Nur das „Aussprechen“ einer Ansicht 2c. wird zur „äußeren Tatsache“; vgl. Meves N. 23. Die GM. erkennt die Existenz der inneren Tatsachen an (vgl. § 131 N. 2_2). AM. jedoch, außer Rubo: Meves N. 24 sowie v. Schwarze N. 12, der mit Merkel S. 328 u. HH. 3 753 unter Tatsachen „äußere Verhältnisse“ versteht, während letzterer selbst sich hiermit insofern in Widerspruch setzt, als er „fremde Absichten“ zu den Tatsachen rechnet (N. 9_2).

8) Was insbes. die äußeren Tatsachen anbetrifft, so gehören zu ihnen keineswegs nur solche, die äußerlich mittels der Sinne wahrgenommen werden können, wie z. B. die Beschaffenheit einer Ware, der Besitz von baren Zahlungsmitteln oder anderen Vermögensobjekten, das Vorliegen eines körperlichen Gebrechens 2c. (RG. I 22. Jan., III 3. Apr. 80, 2. Feb., I 4. Juli 81, R. 1 261, 535, E. 3 332, 4 352), sondern es fallen hierunter auch solche Tatsachen, die, trotzdem sie in die Außenwelt getreten sind, dennoch nicht ausschließlich durch die Sinne wahrgenommen, vielmehr nur mit Hilfe der inneren geistigen Kräfte des Menschen erkannt werden können. Als äußere Tatsachen dieser letzteren Art sind in der Praxis des RG. angesehen:

das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer objektiven Rechtsnorm, da selbst die geschriebenen Rechtsquellen nur eine Quelle für die Erkenntnis der Rechtsnorm bilden; III 7. Jan. 80, I 3. Okt. 81, R. 1 196, 3 579;

die rechtliche Bedeutung eines Schriftstücks; I 6. Dez. 80 E. 3 142;

die Sicherheit eines Kreditsuchenden bzw. die Bonität einer Forderung; II 1. Juni 83 R. 5 395.

9) Hinsichtlich der inneren Tatsachen ist streitig, inwieweit sie auch als „Tatsachen“ i. S. des § 263 anzusehen seien; freilich ist von dieser Streitfrage nicht durchweg die andere Frage auseinander gehalten, inwieweit durch eine Täuschung über eine innere Tatsache der zwischen der Täuschung und der Vermögensbeschädgg. erforderliche Kausalzusammenhang hergestellt werde (N. 39). Soweit es aber lediglich um jenen Punkt sich handelt, erscheint sowohl durch die Entstehungsgeschichte (N. 3) als auch durch die Fassung des einen Unterschied bezüglich der verschiedenen Arten der Tatsachen nicht aufstellenden Gesetzes die Auffassung ausgeschlossen, daß innere Tatsachen, sei es überhaupt, sei es in gewissem Umfange, als Tatsachen i. S. des § 263 nicht in Betracht kämen.

Insofern bei einem Dritten vorliegende innere Tatsachen in Frage kommen, begegnet diese Ansicht kaum einen Widerspruch; so namentl. Berlin 24. Mai 71, 23. Okt. 73,

D. 12 284, St. 3 215 btr. der bei einem Dritten vorwaltenden Absicht bzw. einer inneren Eigenschaft, z. B. der Treue des Bräutigams; vgl. jedoch N. 7.

Dagegen ist jene Auffassung sehr bestritten, soweit es um in der Person des Täters (des Täuschenden) selbst liegende innere Tatsachen sich handelt; allein, wenn jemand behauptet, daß er über gewisse Verhältnisse die und die Ansicht hege, daß seinem Handeln ein bestimmtes Motiv zugrunde liege, daß er bei seinem Handeln eine bestimmte Absicht verfolge, daß, was damit fast gleichbedeutend, sein Handeln ein ernstlich gemeintes sei, so liegt darin durchweg die Kundgebung einer bei dem sich Äußernden selbst vorliegenden inneren Tatsache. Es ist einerseits, was die Behauptung einer bestimmten Ansicht, Meinung, eines Motives rc. betrifft, das Gebiet des bloß Subjektiven verlassen; denn an Stelle des bloßen Aussprechens einer subjektiven Auffassung ist die Behauptung getreten, daß die Auffassung wirklich vorhanden sei und dem sie Aussprechenden tatsächlich beiwohne; es ist andererseits, was die Behauptung einer Absicht bzw. der Ernstlichkeit betrifft, nicht mehr, wie Goltb. Mat. 2 543 annimmt, von einer „ausschließlich in die Zukunft fallenden Täuschung" die Rede, vielmehr handelt es sich um etwas „Gegenwärtiges", wenn jemand behauptet, daß er durch den Abschluß eines Rechtsgeschäftes eine ihm zur Zeit innewohnende Absicht realisieren bzw. daß er das Rechtsgeschäft so, wie es vorgeschlagen worden, ernstlich wolle (N. 6). So: Binding Lb. 1 347, Geyer 2 58, Hälschner 2 262, v. Liszt S. 470 N. 1, 346, Lucas S. 349, Frank N. II 1 b α, Oppenh.-D. N. 39, 46, Haager GS. 27 578, Friedsam Begriff d. Tats. S. 23, 72 ff., Groß Raritätenbetrug S. 172, 184, auch Zimmermann GS. 29 142, dieser jedoch mit der unberechtigten Einschränkung, „wofern die Absichten nur nicht physisch o. moralisch o. juristisch Unmögliches enthalten", während jener Auffassung entsprechend in der Praxis des RG. für eine Tatsache erachtet wurde:

a. das Vorhandensein einer Ansicht des Erklärenden über den Wert von ihm besessener Vermögensstücke; das N. 6 zit. G. 46 323;

b. das Vorhandensein einer bestimmten Absicht des Täters (z. B. mit einem neu auszustellenden Wechsel ein früheres Gefälligkeitsakzept einzulösen; mit Unterschrift versehene Blanketts je nach Bedarf mit beliebigen Beträgen auszufüllen und die Wechsel in Umlauf zu setzen; seinen Gläubiger zu befriedigen; empfangene Gelder in gewisser Weise zu verrechnen); I 8. März, 6. Dez., 10. Juni 80, 3. Jan. 81, III 11. Dez. 80, 11. Mai 81, 25. Okt. 83, E. 1 305, 3 142, R. 2 54, 690, 629, 3 294, 5 640;

c. die Ernstlichkeit einer Bestellung bzw. der Absicht, ein Kaufgeschäft gegen Barzahlung eingehen, bzw. binnen bestimmter Frist zahlen zu wollen; III 11. Dez. 80 R. 2 629, II 14. Nov. 93 E. 24 405;

d. die Kenntnis der bei einem Dritten bestehenden Absicht; RG. I 24. Sept. 83 R. 5 542.

Die Ansichten der Gegner sind geteilt; Merkel S. 328, Betrug S. 237 ff., HRL. „Betrug" u. HH. 3 753, 4 435 u. H. Meyer S. 581 gehen in der Verneinung am weitesten, indem sie Ansichten, Meinungen, Beweggründe, Absichten rc. des Täuschenden, insbs. der Zahlungsleistung, für eine Tatsache i. S. des § 263 nicht erachten; hinsichtlich der „Absicht des Täuschenden" schließen sich an: Dresden 8. Mai, 4. Dez. 71, 2. Sept. 72, München 28. Feb. 73, 13. Mai 75, St. 1 54, 293, 2 116, 292, 5 93 sowie, anlehnend an eine bereits unter der Herrschaft des PrStGB. befolgte Praxis (Oppenh. PrStGB. § 241 N. 43), Berlin, vgl. z. B. 3. Nov. 77 D. 18 689 (die Absicht, seine kontraktlichen Verpflichtungen nicht zu erfüllen, sei keine Tatsache).

Darüber, inwiefern aus der Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähgkt. auf die Absicht, überhaupt nicht zu bezahlen, geschlossen werden könne, vgl. RG. I 19. Juni 93 E. 24 216 (dazu jedoch das N. 10 zit. E. 30 333).

10) Die „Vorspiegelung falscher Tatsachen" (vgl. §§ 144, 179) bezeichnet zunächst, wie das „Vorschützen" (§ 138 N. 2), die wissentliche Behauptung (§ 131 N. 4 a) einer falschen Tatsache (N. 5); so Rotering GS. 60 259; aM. jedoch Kohler Treue u. Glauben S. 23 u. ihm sich anschließend Frank N. II 1 Abs. 2 u. im wesentl. auch Groß Raritätenbetr. S. 65 ff., die etwas über die nackte Behauptung Hinausgehendes verlangen. Es erscheint aber begrifflich nicht notwendig, daß dem Vorspiegelnden das Bewußtsein, es sei

das Gegenteil des Behaupteten wahr, beigewohnt haben müsse; vielmehr genügt auch hier Eventualdolus (§ 59 N. 6); RG. IV 18. Feb. 96 E. 28 189; doch kann von einem solchen nur da die Rede sein, wo überhaupt eine Ungewißheit des Behauptenden btr. der Richtigkeit o. Unrichtigkeit einer behaupteten Tatsache in Frage kommen kann, was nicht möglich, sofern die Behauptung auf eine innere Tatsache sich bezieht, die in dem Vorhandensein einer eigenen Absicht des Behauptenden besteht; RG. IV 16. Nov. 97 E. 30 333. Zu beachten ist ferner, daß die Vorspiegelung gerade auf die eigene Kenntnis von einer Tatsache sich beziehen kann, so daß, obschon die Tatsache selbst richtig war, dennoch eine falsche Vorspiegelung dann vorliegt, wenn die behauptete eigene Kenntnis des Versichernden nicht vorhanden war; RG. IV 22. Okt. 89, 25. Apr. 93, 10. Mai 92, E. 20 3, 24 144, G. 40 58, Binding Lb. 1 346.

Die Vorspiegelung kann eine direkte durch Aufstellung einer bezüglichen ausdrücklichen Behauptung, oder eine indirekte durch schlüssige Hdlgen sein, sei es, daß letztere in mündlichen o. schriftlichen Äußerungen oder in Handlungen im e. S. bestehen; so insbs. Merkel S. 328, HH. 3 752 und Betrug S. 145 ff. sowie H. Meyer S. 582, die hervorheben, daß schon der Eintritt in Rechtsgeschäfte und die Vornahme bestimmter geschäftlicher Akte die stillschweigende Behauptung gewisser Tatsachen bzw. die Bestätigung gewisser Voraussetzungen auf seiten des Mitkontrahenten in sich schlössen; dementsprechend nahm auch RG. I 10. Jan. 87 R. 9 15 an, daß bei bestehendem Vertragsverhältnisse dann, wenn die Lieferung (Leistung) vertragswidrig sei, aber das äußere Ansehen einer vertragsmäßigen habe, eine Vorspiegelung der Vertragsmäßigkeit angenommen werden könne, während freilich RG. III 5. Juli 86 E. 14 310 verneint, daß der Tatbestand des § 263 allein in einer bewußt vertragswidrigen Leistung ohne ausdrückliche Benachrichtigung des Empfängers von den Qualitätsmängeln gefunden werden könne. Vgl. auch RG. III 17. März 94 E. 25 182, III 2. Apr. 00, 29. Juni 03, G. 47 283, 50 392.

Da „Vorspiegeln" zweifellos ein Handeln bezeichnet, so kann in einer Unterlassung, namentl. also auch in einem Nicht-Sprechen, einem Schweigen, nur nach den allg Grundsätzen über die Verübung von Kommissivdelikten durch Unterlassung (T. I Abschn. 3 N. 3) ein Vorspiegeln gefunden werden (N. 11 a II).

11a) In der Praxis ist z. B. gefunden worden:

I. eine indirekte Vorspiegelung

A. durch mündliche o. schriftliche Äußerungen in der Vorspiegelung:

α. einer vorhandenen Zahlungsfähigkeit in der Versicherung, allemal in der Lage zu sein, einen Wechsel zu einem bestimmten Termin zu decken; RG. III 2. Feb. 81 E. 3 332;

β. der Ernstlichkeit der Bestellung bzw. der Absicht u. des Vermögens, die Zeche zu bezahlen, in der Bestellung von Waren bei Fabrikanten bzw. von Speisen und Getränken im Gasthause bei bewußter Zahlungsunfähigkeit; RG. III 11. Dez. 80, 28. Jan. 82, I 3. Jan. 81, R. 2 629, 4 89, 2 690;

γ. der Ernstlichkeit des Gebotes in der Abgabe von Scheingeboten; RG. II 30. Nov. 79 G. 28 35;

δ. des Herrührens des Telegramms von dem gleichnamigen Geschäftsfreunde des Adressaten in der Unterzeichnung des Telegramms mit dem richtigen Namen des Absenders; München 28. Mai 74 St. 4 60;

ε. der Existenz einer Forderung in der Anmeldung einer erdichteten Forderung bei Gericht; Dresden 26. Apr. 75 St. 5 370;

ζ. der btr. rechtsbegründenden Tatsachen in der Behauptung bzw. gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes; Berlin 12. Feb. 79 O. 20 78;

B. durch schlüssige Hdlgen i. e. S. in der Vorspiegelung:

α. des fortdauernden Eigentums an der Forderung in der seitens des Abtretenden erfolgenden Annahme der Zahlung vom nichtwissenden Schuldner; RG. II 12. Juli 81 R. 3 476 (N. 14 I e);

β. der Vertragsmäßigkeit der Ware in der Lieferung vertragswidriger Ware bei äußerem Ansehen einer vertragsmäßigen; Dresden 15. Okt. 71, 9. Juli 75, Mannheim 5. Juni

75, München 2. Dez. 76, St. 1 123, 5 374, 371, 7 153; vgl. die N. 10_2 zitt. R. 9 15, E. 14 310, 25 182, G. 47 282, 50 392;

γ. des bei der Hingabe beigelegten Wertes in der wissentlichen Gewährung wertloser Hypotheken an Zahlungs Statt; Dresden 14. Aug. 74 St. 5 100;

δ. der tatsächlich erfolgten Hingabe des Darlehns seitens des in der Verschreibung bezeichneten Gläubigers in dem Gebrauche einer materiell unrichtigen Schuldurkunde; Dresden 9. Juni 76 St. 7 147;

ε. der Identität der übergebenen mit der verkauften Ware in der Aushändigung einer nach dem Vertragsabschlusse mit der verkauften Ware heimlich vertauschten Ware; Dresden 27. Aug. 77 St. 7 334;

vgl. auch RG. III 26. Juni 02 E. 35 311 (btr. Veränderung an der als Elektrizitätszähler dienenden Leitung) u. N. 14 Ii;

II. eine Vorspiegelung durch Unterlassung (N. 10_3) in dem Schweigen eines an den Verhandlungen Beteiligten zu den Auslassungen eines anderen Beteiligten, auf den jener ausdrücklich verwiesen hatte; RG. III 13. März 80, IV 18. Feb. 96, E. 1 309, 28 189.

b) Eine indirekte Vorspiegelung wurde verneint bei der Vorspiegelung:

α. der „allgemeinen Fähigkeit" zur Bezahlung der bestellten Ware oder gar der Fähigkeit zur Zeit der Bestellung in der Bestellung auf Kredit; RG. III 7. Apr. 80 E. 2 5;

β. einer neben dem Wechsel dem Indossanten zustehenden Gläubigerschaft in der Girierung eines Wechsels; RG. I 15. Nov. 80 E. 3 35.

12) Wegen „Entstellung wahrer Tatsachen" vgl. § 131 N. 3. Eine solche findet nicht nur dann statt, wenn die Bestandteile einer wahren Tatsache „in ein unrichtiges Verhältnis gestellt sind" (Berner S. 583), sondern namentl. auch, „wenn Wirkliches durch Zusatz oder Fortlassung in Nichtwirkliches geändert wird" (Schütze S. 472 N. 9). In der „Fortlassung" bzw. dem Verschweigen einzelner Momente bei der Schilderung eines Herganges 2c. liegt eine den Begriff der „Entstellung" erfüllende Unterlassung (N. 10_3).

13) Eine „Unterdrückung wahrer Tatsachen" liegt vor, wenn etwas Vorhandenes o. Geschehenes dem Erkanntwerden seitens Dritter entzogen wird (vgl. Berner S. 583, Schütze S. 472 N. 9, Reis Personenstdsfslschg. S. 67 N. 3; dagegen aber Groß Raritätenbetr. S. 174), und zwar erheischt die „Unterdrückung" hier (abweichend § 169 N. 5) ein heimliches Verhalten, weil ohne ein solches die zu täuschende Person an der Benutzung der „wahren Tatsachen" nicht gehindert werden kann; RG. II 29. Dez. 91 E. 22 283. Sie bezeichnet somit nicht minder wie die Vorspiegelung falscher bzw. die Entstellung wahrer Tatsachen (N. 10_3, 12) ein Handeln („eine äußere Tätigkeit"; so die Motive), so daß jenes Tatbestandsmoment durch reine Unterlassung, namentl. ein bloßes Verschweigen der Wahrheit, z. B. verborgener Mängel des Verkaufsobjektes, nicht erfüllt werden kann, da es ein zur Kundgebung der Wahrheit verpflichtendes „Recht auf Wahrheit" nicht gibt, ein solches auch insbs. für den Abschluß von Verträgen im BGB. nirgend ausgesprochen ist; so die GM., insbs. RG. I 3. Jan. 81, IV 29. Juni 86, R. 2 690, 8 506, III 28. Nov. 89 E. 20 142. Unter welchen Umständen ein Verschweigen als ein „Unterdrücken wahrer Tatsachen" aufzufassen ist, ergibt sich bereits aus Obigem von selbst; es handelt sich lediglich um die Anwendung der allg. Grundsätze über die Begehung eines Kommissivdeliktes durch eine Unterlassung (T. I Abschn. 3 N. 3); es muß somit eine Rechtspflicht zur Mitteilung der wahren Tatsache bestehen; so insbs. RG. I 15. März 80, 28. Apr. 81, III 5. Juli 86, II 3. Okt. 90, I 2. Juli 96, 8. Feb. 97, IV 26. Jan. 94, 21. Juni 98, E. 1 314, 4 227, 14 310, 21 67, 29 35, 369, 25 95, 31 208, IV 29. Juni 86, 20. Dez. 87, R. 8 506, 9 742, ferner III 21. März 01, IV 3. Nov. 03, G. 48 133, 51 51 (eine solche Rechtspflicht lasse sich nicht aus dem allg. Satze ableiten, daß das Rechtsgeschäft — i. c. der Zahlung einer Schuld — so zu erledigen sei, wie Treu u. Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, ein Satz, der übrigens für den Gläubiger im BGB., insbs. in den §§ 157, 242, einen ausdrücklichen Ausspruch nicht gefunden habe; eine Verpflichtung, bei Hingabe von Wechseln zur Diskontierung zu offenbaren, daß sie nur Gefälligkeitsakzepte seien, sei aus den den Handelsverkehr beherrschenden Grundsätzen von Treu u. Glauben nicht her-

zuleiten), sowie: Binding Lb. 1 348, Geyer 2 59, Hälschner 2 260, v. Liszt S. 470, H. Meyer S. 582, Frank N. II 3, im wesentlichen auch: Merkel S. 328, HRl. „Betrug" u. HH. 3 752, Rüd.-St. N. 27, sowie Mittelstädt, Thomsen, 14. DJT. 1 2 S. 108, v. Wächter S. 453, v. Schwarze N. 25, die „ein qualifiziertes, d. h. unter gewissen tatsächlichen Nebenumständen den Charakter eines aktiv täuschenden Benehmens gewinnendes, Schweigen" erfordern; vgl. auch Landsberg Kommissivdel. S. 205 f. Deshalb wird zu verneinen sein, daß schon in der bloßen Benutzung eines einem anderen gehörigen Legitimationspapieres, insbs. der Benutzung eines Sparkassenbuchs behufs Abhebung, eine Unterdrückung liege; vgl. jedoch die § 242 N. 29₃ zitt. Binding, H. Meyer, Rüd.-St., Bauke, Stenglein, Doerr u. Hölzenbein, von denen übrigens die letzteren beiden u. ebenso Lucas S. 367 sowie Frank N. II 1 Abs. 2 in der Präsentation des Sparkassenbuches seitens des Unberechtigten eine Vorspiegelung durch positive Hdlgen finden; im übrigen vgl. N. 17₃. Ebenso ist zu verneinen, daß das durch NahrungsmittelG. § 10² mit Strafe bedrohte „Verschweigen" eben wg. dieser Strafandrohung ohne weiteres als ein „Unterdrücken" i. S. des § 263 sich darstelle; so das zit. RG. E. 29 35; vgl. andererseits freilich das zit. RG. E. 29 329, wonach beim Verkaufe von Nahrungsmitteln ein auf Täuschung abzielendes Handeln regelmäßig dann anzunehmen sein werde, wenn die Verschlechterung der — unter Verschweigen dieser — verabfolgten Ware zum Zwecke der Täuschung vom Verkäufer selbst bewirkt worden sei; ähnlich I 16. Juni 98 G. 46 338 (sei es auch, daß die Verschlechterung vorgenommen wurde, als eine Vertragspflicht zur Anzeige noch nicht bestand; die Zeiten des Abschlusses u. der Lieferung seien nicht allein entscheidend).

Unter Verkennung des entscheidenden Gesichtspunktes (vgl. insbs. Merkel aO.) hat man häufig schon eine moralische Pflicht zur Abgabe der Wahrheit für ausreichend und letztere namentl. durch die Redlichkeit des Verkehrs für geboten erachtet; so: Berlin 24. Okt. 72, 31. Okt. 73, 16. Mai 77, Jena 26. Nov. 73, Dresden 8. Dez. 71, 14. Aug. 75, St. 2 117, 3 216, 7 156, 4 185, 1 294, 5 100, Meves N. 28, Oppenh.-D. N. 52.

14) Ein Verschweigen nimmt den Charakter eines es zur „Unterdrückung wahrer Tatsachen" stempelnden aktiven Verhaltens häufig durch die vorausgegangene „Vorspiegelung falscher Tatsachen" an, so daß dann beide Mischtatbestände miteinander ideal konkurrieren; vgl. RG. I 6. Dez. 80 E. 3 142, III 24. Jan. 80, II 12. Juli 81, R. 1 272, 3 476.

Im übrigen hat die Praxis des RG. die „Unterdrückung einer wahren Tatsache"

I. gefunden in dem Verschweigen:

a. eines Gläubigers, daß er bereits befriedigt sei, i. B. mit der unter dem Anscheine noch nicht erhaltener Zahlung abgegebenen Bereiterklärung zur Annahme der nochmaligen Zahlung und der demnächstigen wirklichen Annahme bzw. i. B. mit der Stellung eines Zwangsvollstreckungsantrages; I 15. März, III 22. Mai 80, E. 1 314, R. 1 808;

b. ungünstiger Umstände seitens eines Kreditsuchenden i. B. mit der Darlegung der auf eine günstige Vermögenslage hinführenden Momente; II 1. Juni 83 R. 5 395;

c. der Art der Herstellung und der wirklichen Beschaffenheit von „fabrizierten" Wechseln, welchen lediglich der täuschende Schein von Waren- o. Kundenwechseln gegeben war, i. B. mit deren Weiterbegebung, insbs. wenn für den eingegangenen Wechselverkehr die Eigenschaft von Wechseln der letzteren Art ausdrücklich vereinbart war; III 25. Juni 85, IV 15. Dez. 93, E. 12 395, 25 13; vgl. jedoch N. 30₂;

d. eines versicherten Brandstifters gegenüber der Versicherungsgesellschaft, daß er den Brand verursacht habe; II 21. Jan. 88 E. 17 62;

e. eines Gläubigers, der zediert hatte, gegenüber seinem früheren Schuldner, daß er das Eigentum der Forderung auf einen anderen übertragen habe; zit. R. 3 476, III 18. März 89 E. 19 161 (vgl. N. 11 a I B α);

f. des Verkäufers eines Hauses, daß dasselbe mit Schwamm behaftet sei, falls vorher, obschon ohne Beziehung auf den späteren Verkauf, dem Hause künstlich der Schein als eines nicht am Schwamm leidenden gegeben war; III 28. Nov. 89 E. 20 144 (s. II c);

g. eines Spielers, daß er den Ausgang des von den Mitspielern als Glücksspiel an-

gesehenen Spieles durch eine ihm bekannte Maßnahme nach seinem Willen bestimme; IV 10. Okt. 90 E. **21** 107; ähnlich II 24. Mai 98 G. **46** 328;

h. eines Bankbeamten, daß er mit den zu dienstlicher Behandlung in seine Hände gelangenden Wertpapieren nicht geschäftsordnungsmäßig verfahren; I 25. Feb. 01 E. **34** 181 (186);

i. des Abnehmers elektrischer Arbeit, daß er an der als Elektrizitätszähler dienenden Leitung Veränderungen vorgenommen habe, die die entnommene elektr. Arbeit zu gering erscheinen ließen; III 26. Juni 02 E. **35** 311 (s. N. 11 I aE.);

II. nicht gefunden:

a. wg. Unerheblichkeit der btr. Tatsache für das einzugehende Rechtsgeschäft in dem Verschweigen: der für das Bestehen einer Verbindlichkeit neben einem Wechsel erheblichen Verhältnisse bei Weiterbegebung eines Wechsels; I 15. Nov. 80 E. **3** 35;

b. wg. Nichtbestehens einer Rechtspflicht z. Erklärung beim Bestreiten einer Schuld seitens des Schuldners (im Zivilpr. o. außerhalb desselben); III 10. Okt. 92 E. **23** 244;

c. wg. Nichtbestehens einer Verpflichtung zur Aufklärung des Käufers über verborgene Mängel der Sache in dem Verschweigen, daß das btr. Haus mit Schwamm behaftet sei; IV 20. Juni 93 G. **41** 143 (s. o. If; vgl. aber auch N. 13 Abs. 1 aE.);

d. wg. Nichtbestehens einer Rechtspflicht für einen einen stillen Gesellschafter in sein Geschäft aufnehmenden Kaufmann, diesem seine Geschäftsschulden bei Abschließung des Aufnahmevertrages anzugeben (HGB. Art. 253 — jetzt § 338 — setze das Bestehen einer stillen Gesellschaft voraus); II 10. Juli 95 G. **43** 252;

e. wg. Nichtbestehens einer Rechtspflicht für einen Darlehnssucher, den Darlehnsgeber darüber aufzuklären, daß er btr. einer für seine Kreditwürdigkeit erheblichen Tatsache sich im Irrtum befinde, auch nicht, wenn letztere vom Darlehnssucher bei früherer Gelegenheit durch unwahre Angaben, jedoch nicht im Hinblick auf ein demnächst zu erbittendes Darlehn hervorgerufen war; IV 21. Juni 98 E. **31** 208;

f. in der bloßen Nichterfüllung einer vertraglichen Mitteilungspflicht; IV 26. Jan. 04 E. **37** 61.

15) Das RStGB. stellt, in einer dem Bedürfnisse entsprechenden Ausdehnung des Tatbestandes des PrStGB. § 241, neben die „Erregung" eines Irrtums (§ 59 N. 7) als Modalität des Tatbestandes die „Unterhaltung" eines solchen. Letztere setzt einen „bereits und noch bestehenden Irrtum" voraus (Berlin 31. Okt. 73 St. **3** 216), ist aber keineswegs der bloßen Benutzung eines solchen gleichzustellen; RG. III 17. März 90, IV 26. Jan. 94, E. **20** 326, **25** 95, Merkel HH. **3** 752, H. Meyer S. 583, Frank N. III 1, Oppenh.-D. N. 56, v. Schwarze N. 22. Da die „Unterhaltung eines Irrtums" durch die Hdlg. der „Vorspiegelung falscher oder der Entstellung und Unterdrückung wahrer Tatsachen" (N. 10₃, 12, 13) verursacht sein muß (N. 17), so stellt die Irrtumsunterhaltung selbst als eine positive Tätigkeit sich dar (vgl. die Motive), die teils als Bestärkung des bestehenden Irrtums, teils als Verhinderung seines Aufhörens in Betracht kommt; H. Meyer aO.

Da es um bloße Modalitäten des Tatbestandes sich handelt, so ist auch eine alternative Feststellung zulässig (§ 47 N. 29); Ostern Alternativität S. 154, Wertheimer Mischgesetze S. 57; vgl. auch RG. III 28. Nov. 89 E. **20** 144. Beide Alternativen können übrigens auch kumulativ vorkommen, was namentl. dann zutrifft, wenn durch eine und dieselbe Vorspiegelung ꝛc. bei einer Person ein Irrtum erregt, bei einer anderen ein solcher unterhalten wird.

16) Wer getäuscht sein müsse, sagt das Gesetz nicht; es folgt daraus, daß der Getäuschte nicht der Beschädigte selbst (N. 24, 50) zu sein braucht; der Getäuschte kann vielmehr ein anderer als der Beschädigte sein, sobald nur diese Verschiedenheit der Personen nicht den notwendigen Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Beschädigung aufhebt (N. 25, 26). So die GM., insbs. RG. II 12. Juli 81 R. **3** 476, I 25. Sept. 84, IV 5. Dez. 90, E. **11** 246, **21** 236, IV 5. Apr. 92, 12. Feb. 04, G. **40** 41, **51** 189. AM. Schütze S. 472 N. 10. Sehr fraglich erscheint aber, ob der „Getäuschte" sogar der „Dritte"

sein kann, dem der Vermögensvorteil verschafft werden soll (N. 48; vgl. auch § 268 N. 2₈, wo die gleiche in der Praxis aufgetauchte Frage wiederkehrt); Binding Lb. I 345 bejaht dies.

In der Praxis des RG. wurde trotz Verneinung der Identität des Beschädigten mit dem Getäuschten dennoch Betrug angenommen, z. B. bei Täuschung:

a. des Prozeß-, Vollstreckungs-, Subhastations-, Vormundschafts-Richters (vgl. N. 40a); II 8. Juni, 12. Nov. 80, 28. Dez. 86, E. 2 91, 436, 15 126, III 17. März, 22. Mai I 1. Nov. 80, II 20. Sept. 87, R. 1 479, 808, 2 421, 9 441, IV 28. Sept. 00 G. 47 432; ferner des Konkursrichters bzw. -Verwalters I 2. Juli 94 E. 26 28;

b. des Vertreters (Bevollmächtigten, Beamten des Beschädigten, z. B. des Steuerfiskus, einer Eisenbahnverwaltung, einer Versicherungsgesellschaft); BStS. 4. Apr., I 20. Juni 81, E. 4 50, 295, I 7. Feb. 87 R. 9 114 (Täuschung des Schaffners durch Vorzeigung eines einem Angehörigen unübertragbar ausgestellten Abonnementsbillets).

17) Das Gesetz verlangt, daß der Irrtum „durch“ Vorspiegelung falscher Tatsachen ꝛc. erregt oder unterhalten sei; die Wahrheitsverletzung, als das „auf Täuschung berechnete Mittel“ (§ 144) muß die Ursache der Täuschung geworden sein (vgl. § 234 N. 4), wenn auch vielleicht im Zusammentreffen oder in Verbindung mit einem anderen Momente. Die Wahrheitsverletzung kommt nur in Betracht, insofern sie einen Irrtum erregt oder unterhält, also einen täuschenden Einfluß auf die Vorstellungen eines anderen ausübt und insofern sie auf diese Wirkung berechnet ist; Merkel HH. 3 755. Es genügt deshalb nicht, daß sie nur eine der faktischen Bedingungen für die Täuschung war; RG. III 23. Feb. 81 E. 3 392.

Ist die Kausalität zwischen Wahrheitsverletzung und Täuschung vorhanden, so ist es gleichgültig, ob der Irrtum auch bei richtiger Schlußfolgerung entstehen bzw. bestehen bleiben, oder ob er vermieden, bzw. berichtigt werden konnte; Dresden 12. Juni 71 St. 1 57, Berlin 20. Sept. 78 O. 19 425.

Zu den Wahrheitsverletzungen, die meist nicht geeignet sind, eine „Täuschung“ zu verursachen, gehören namentl. die falschen Vorspiegelungen der Bettler (vgl. Dresden 10. Apr. 76 St. 7 145) sowie die allgemeinen, in Tageblättern und öffentlichen Anschlägen enthaltenen Reklamen der Kaufleute, Inhaber von Vergnügungslokalen ꝛc. (vgl. Dresden 26. Okt. 74, 9. Juli 75, St. 5 113, 374), bzw. diejenigen in den sog. Gründungsprospekten, die den kaufmännischen Reklamen im wesentlichen gleichstehen (Möller Gründerprozesse S. 29, 81, v. Schwarze N. 10a A. 4). Immerhin ist aber auch in diesen Fällen die Möglichkeit eines Kausalzusammenhanges zwischen Wahrheitsverletzung und Täuschung nicht unbedingt ausgeschlossen; bezüglich der Anpreisungen sieht ihn Hälschner 2 264 solange für ausgeschlossen an, als nicht durch deren bestimmte Formulierung die gerühmten Eigenschaften der Ware nach einem festen Maßstabe bestimmbar seien. Die bloße Vorweisung eines sog. Legitimationspapieres, insbs. eines Sparkassenbuches behufs Abhebung, wird zur Hervorrufung einer Täuschung auf seiten des Schuldners nicht geeignet sein, da dieser, falls er nicht ein Interesse an der Persönlichkeit des Präsentanten durch Befragung ꝛc. bekundet, von der zu seinen Gunsten wirkenden Vertragsberedung, ohne Prüfung der Legitimation leisten zu dürfen, ohne weiteres, d. h. ohne über die Berechtigg. des Abhebenden sich eine Vorstellnng zu bilden, Gebrauch macht (vgl. auch N. 13).

Beschädigung eines fremden Vermögens durch Täuschung. N. 18–41.

18) Das Resultat einer das Vermögen eines anderen beschädigenden Hdlg. ist ein „Vermögensschaden“ oder, was damit gleichbedeutend, ein „Vermögensnachteil“, dessen Begriff aus der Begriffsbestimmung eines „Vermögensvorteiles“ (N. 43) gegenteilig sich ergibt. Hiernach ist ein Vermögen beschädigt, d. h. eine „ungünstigere Gestaltung der Vermögenslage“, eine „Verminderung des Gesamtvermögenswertes“, herbeigeführt (RG. I 6. Dez. 80, BStS. 20. Apr. 87, III 5. März 88, E. 3 142, 16 1, 17 233), wenn das Vermögen nach u. infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung einen geringeren Wert als vorher darstellt (Merkel S. 329, Betrug S. 103 ff., HRl. „Betrug“ u. HH. 3 758, 4 432, Frank N. v), wenn also ein pekuniärer Nachteil eingetreten ist, der freilich unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Verfügenden festzustellen

ist (N. 22₂); damit hängt es auch zusammen, daß die strafrechtl. einen Betrug darstellende Täuschungshdlg. nicht notwendig einen zivilrechtl. Anspruch (actio doli) gg. den Schädiger begründen muß (so jedoch Hälschner 2 265 u. ihm folgend Meves G. 41 114 N.* sowie Joh. Merkel Vermögensbeschädgg. d. Betr. S. 18, 20), vielmehr lediglich die Vermögensbeschdgg. als tatsächliche Wirkung für den strafrechtl. Tatbestand des Betruges entscheidend ist (RG. I 13. Mai 93 E. 24 171), wenn schon wegen fehlenden Kausalzusammenhanges in der freiwilligen Erfüllung einer nicht rechtswirksamen Verpflichtung niemals eine Vermögensbeschädigung gefunden werden kann (RG. IV 22. Mai 96 E. 28 386); vgl. auch RG. IV 2. Juni 96, 20. März 03, E. 28 401, 36 205, wonach auch klaglose Forderungen aus an sich gültigen Verträgen einen Vermögenswert darstellen können; aM. btr. des Begriffs der Vermögensbeschdgg.: Binding Lb. 1 357 ff., H. Meyer S. 585, es komme nicht auf eine Beschädigung des Vermögens im Ergebnisse, sondern auf die Verletzung des Vermögens in irgend einem seiner Bestandteile an (s. jedoch u. N. 51), Stenglein GS. 40 102 ff., Rotering G. 47 419 ff.

Bezüglich der Frage, ob auch Ansprüche, die auf unsittlichen, unerlaubten bzw. strafbaren Hdlgen beruhen, zur Herstellung des Begriffs der Vermögensbeschdgg. verwendet werden können, ist die Rechtsprechung des RG. nicht völlig gleichmäßig. Während in früheren Entscheidungen (I 17. Feb. 87, IV 23. März 88, E. 15 318, 17 364 u., obwohl das RG. selbst die Fälle als anders liegend bezeichnet, auch in II 14. Nov. 93 u. 1. Mai 94, E. 24 408, G. 42 119) eine Vermögensbeschdgg. bei dem Verlust einer Leistung oder Gegenleistung anerkannt wird, auch wenn ein Rechtsanspruch auf eine Gegenleistung wegen Unsittlichkeit des Geschäfts nicht bestand, gehen andere Urteile, und zwar in neuerer Zeit ständig (III 27. Apr. 89, I 6. Nov. 90, 20. Juni 95, IV 22. Mai 96, 3. Juli 03, II 18. Dez. 03, 11. März 04, 3. Mai 04 [in dem das zit. G. 42 119 ausdrücklich aufgegeben wird], E. 19 186, 21 161, 27 300, 28 386, 36 335 (342), 37 30, 80, 161) mit Recht davon aus, daß die Annahme einer Vermögensbeschdgg. stets einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen eines andern voraussetzt und daß deshalb Verletzungen aus Verträgen, die vom Staat als unsittlich oder unerlaubt überhaupt nicht anerkannt werden, auch strafrechtlich vom Staate nicht geschützt werden können. Daraus folgt einmal, daß das Entziehen von Ansprüchen, die, weil auf unsittl. oder unerlaubten Hdlgen beruhend, im Rechte keine Anerkennung finden (BGB. §§ 134, 138), z. B. Benutzen einer Dirne, Annahme gestohlener Banknoten mit dem von vornherein gefaßten Entschluß, die dafür versprochene Gegenleistung nicht zu erfüllen, niemals eine Vermögensbeschdgg. der Dirne, des die Banknoten Liefernden 2c. enthalten kann; es ergibt sich aber weiter, daß das gleiche auch gelten muß, wenn der Getäuschte durch die Vorspiegelung der sittlich oder rechtlich unmöglichen Gegenleistung tatsächlich zu einer Aufwendung, die eine Minderung seines (an sich rechtlich geschützten) Vermögens enthält, sich bestimmen läßt, wenn also z. B. derj., dem fälschlich die Lieferung unechter Banknoten in Aussicht gestellt ist, hierfür eine Geldsumme an den Versprechenden tatsächlich entrichtet hat, oder wenn jemand für den Erwerb eines angeblich gefundenen Zwanzig-Markstücks, das aber in Wahrheit eine wertlose Medaille ist, eine Geldsumme bar hingibt. Auch in den letzteren Fällen würde die Benachteiligung nicht in der Aufwendung an sich, sondern, da die Vermögensbeschdgg. nach dem Zeitpunkt der Eingehung des betrügerischen Vertrages zu beurteilen ist, in der Nichtgewährung der versprochenen Gegenleistung zu finden sein; auf letztere aber steht ihm wegen der Unsittlichkeit oder Unerlaubtheit des Abkommens ein im Rechte anerkannter Anspruch nicht zu; die tatsächliche freiwillige Aufwendung für Erlangung der von dem Aufwendenden als unsittlich erkannten Forderung ist also für die Frage der Benachteiligung ohne Bedeutung. Die Literatur stimmt überwiegend der neueren Rechtsprechung des RG. zu; so: Binding Lb. 1 343, insbs. N. 5, Frank N. v 1 aE. und vi 3c, Kohler Treu und Glauben S. 43 ff., Joh. Merkel aO. S. 20; abweichend Lucas S. 372 ff., Lindenberg DJZ. 9 425, 1055 (wie diese auch Berlin OT. 26. Juni 77 O. 18 471). Vom RG. wird angenommen, daß unter den angeführten Voraussetzungen auch vom versuchten Betruge niemals die Rede sein könne; I 5. Mai, III 6. Juni 98, G. 46 216, 330, zit. E.

36 335 (344); hiergegen auf Grund der sonstigen Rechtsprechung des **RG.** mit Recht Galli DJZ. **9** 1125, der darauf hinweist, daß es nach den allgemeinen, auch beim Betrugsversuch zur Anwendung kommenden Grundsätzen über den Versuch mit untauglichen Mitteln nicht darauf ankommt, ob das Mittel zur Herbeiführung einer Vermögensbeschdgg. überhaupt tauglich ist, sondern nur darauf, ob es vom Täter hierzu für tauglich gehalten wird.

Daß der pekuniäre Nachteil seinem Betrage nach (ziffermäßig) festgestellt werden könne, ist nicht erforderlich; es genügt vielmehr zur Annahme einer Vermögensbeschädgg. der Nachweis, daß ein solcher Nachteil vorliege; **RG.** I 20. Apr. 82 R. **4** 364, II 21. Feb. 93 E. **23** 430.

Eine bloße Gefährdung des Vermögens im ganzen oder in einzelnen Bestandteilen, die bloße Möglichkeit künftigen Eintritts einer Vermögensbenachteiligung ist an sich (vgl. jedoch N. 20) noch keine Vermögensbschdgg., da diese notwendig eine nachteilige Veränderung des aktuellen Vermögenszustandes voraussetzt; **RG.** III 8. Nov. 83 E. **9** 168.

19) Der pekuniäre Nachteil kann entweder „effektive substantielle Verminderung des bereits vorhandenen Vermögensbestandes", also ein wirklicher Schade, wobei aber unter Umständen auch der mittelbar verursachte Schaden in Anschlag zu bringen ist (**RG.** III 17. März 94 E. **25** 182, Groß Raritätenbetr. S. 93), oder entgangener Gewinn sein; so die GM., insbs. **RG.** III 7. Dez. 81 R. **3** 772.

20) Ein wirklicher Schaden liegt in der Gefährdung eines Vermögensrechtes nur unter der Voraussetzung, daß diese zugleich eine Verschlechterung des gegenwärtigen Vermögenszustandes in sich faßt; so die GM., insbs. **RG.** III 8. Nov. 83, IV 25. Mai 94, E. **9** 168, **25** 371, III 25. Juni 85 R. **7** 434; aM.: Binding Lb. **1** 360, Merkel HH. **3** 763 N. 6, v. Schwarze N. 6, Joh. Merkel Vermögensbeschdgg. b. Betr. S. 33. Dementsprechend ist in der Praxis des **RG.** eine Vermögensbeschädgg. gefunden worden: in einem Falle, wo der Wert einer infolge Unsicherheit des Schuldners in ihrer Einbringlichkeit gefährdeten Forderung tatsächlich ein geringerer war, als der einer sicheren Forderung (zit. E. **9** 168; vgl. N. 35 I), bei Hervorrufung einer größeren Gefährdung gegenüber einer bereits bestehenden geringeren (zit. R. **7** 434), während die Entscheidung des Falles des zit. E. **25** 371 nicht unbedenklich erscheint (in der Erschwerung der Möglichkt., seine Arbeitskraft gg. angemessenes Entgelt zu verwerten, liege eine einer Vermögensbschdgg. gleichzuachtende Vermögensgefährdg.).

Aus jenem Gesichtspunkte ist auch die Frage, ob der sog. Kreditbetrug (insbs. die Zechprellerei), d. h. der Fall, wo jemand unter Verhältnissen, die seinen Voraussetzungen nicht entsprechen, — wozu auch das Fehlen der Absicht (N. 9) auf seiten des Gegenkontrahenten, bezahlen zu wollen, gerechnet werden kann — zur Gewährung o. Verlängerung von Kredit veranlaßt wird, unter dem Zutreffen der übrigen Voraussetzungen als Betr. i. S. des § 263 anzusehen sei, alsdann bejahend zu beantworten, wenn dadurch in der Tat eine den Wert der Forderung mindernde Gefährdung derselben eingetreten ist; so: **RG.** III 23. Feb. 81 E. **3** 392 (vgl. auch III 7. Apr. 80 E. **2** 5, II 1. Juni 83 R. **5** 395 sowie III 2. Juni 04 G. **51** 397, wo ein Irrt. über die Zahlungsfähigkeit einer Person als Irrt. über eine wesentliche Eigenschaft derselben i. S. des § 119$_2$ BGB. erklärt wird), Geyer **2** 59, H. Meyer S. 578, Schütze S. 471 N. 6, v. Wächter S. 458, Friedsam Begriff der Tatf. S. 72ff., auch Binding aO. mit anderer Begründung; aM.: Hälschner **2** 253, Merkel HH. **3** 762 (vgl. jedoch S. 771), v. Schwarze N. 7, Gryziecki Betrug S. 104, welche den Kreditbetrug für einen wirklichen Betr. niemals ansehen. Grundsätzlich ausgeschlossen ist übrigens der Kreditbetrug selbst dann nicht, wenn der Darlehnsnehmer 2c. die Mittel zur Erstattung besitzt; so Berlin 28. Mai 73 St. **3** 71; aM. jedoch das N. 25 zit. **RG.** G. **41** 142, nur unter der Voraussetzung der Zahlungsunfhgkt. des Bestellers z. Z. der Bestllg. könne Kreditbetr. begangen werden.

21) Was im besonderen den entgangenen Gewinn betrifft, so ist allerdings zu beachten, daß die Beschädigung eines bereits vorhandenen Vermögens vorausgesetzt wird, also nicht bloß die Möglichkeit eines Vermögensschadens, sondern dieser selbst entstanden sein muß; **RG.** III 27. Nov. 80 R. **2** 577. Im übrigen wird die frühere Streitfrage, ob

ein entgangener Gewinn erst dann, wenn auf ihn ein rechtlich begründeter Anspruch besteht (so: RG. II 28. Feb. 82, III 12. Okt. 85, E. 6 75, 13 8, IV 2. Apr. 95 G. 43 54, Binding Lb. 1 344 N. 1, Hälschner 2 257, Frank N. V 1), oder schon dann, wenn er nach Maßgabe der objektiven Verhältnisse tatsächlich von selbst zugeflossen sein würde (so: RG. III 14. Jan. 80, 7. Dez. 81, 11. Apr. 92, 22. Okt., 29. Nov. 94, E. 1 68, R. 3 772, E. 23 55, 26 227, 239, H. Meyer S. 584 N. 38), eine Vermögensbeschädigung darstelle, nach Maßgabe des BGB. § 252 für den Fall, daß der Gewinn „mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte" i. S. der letzteren Alternative zu beantworten sein; so auch v. Liszt S. 471.

Aus diesem Gesichtspunkte ist auch zu entscheiden, ob eine Vermögensbschdbgg. vorliegt, wenn einem Gläubiger aus dem Vermögen seines Schuldners ein Wertgegenstand entzogen wird, an den er im Wege der Zwangsvollstreckung sich würde haben halten können.

22) Aus dem N. 18 entwickelten Begriffe der Vermögensbschdbgg. folgt, daß von einer solchen nicht die Rede sein kann, wenn der Aufgabe von Vermögensrechten bzw. der Vereitelung eines Gewinnes die gleichzeitige Erlangung eines Entgelts von gleichem oder gar größerem pekuniären Werte gegenüber steht. So nunmehr, nachdem teilweise eine andere Auffassung hervorgetreten war, RG. VStS. 20. Apr. 87 E. 16 1 (aM. ORA. R. 9 254), insbs. II 29. Apr. 81, 6. Nov., 5. Okt. 83, 17. Okt. 84, 21. Nov. 85, 20. Apr. 88, E. 4 117, 9 362, R. 5 577, 6 627, 7 687, 10 325 (durchweg zweiseitige Rechtsgeschäfte, insbs. Tausch u. Kauf, btr.), II 26. Jan. 97 E. 29 357 (btr. die Veranstaltung einer mit Prämiierung verbundenen Ausstellg. und die durch deren Beschickung entstandenen Kosten der Aussteller), III 7. Juli 84 E. 11 72 (für die Frage des vollendeten Betr. sei lediglich die objektive Rechtslage maßgebend, wenn die Auflösung eines Vertrages, dem die exceptio doli entgegengesetzt werden könne, durch Täuschung des früher getäuscht habenden Kontrahenten erlangt sei), III 1. Juli 85 R. 7 450, I 19. Dez. 04 E. 37 356, (wenn der Versicherte bei Liquidation eines Brandschadens teils zu hoch, teils zu niedrig liquidiert habe, so komme es für die Frage der Vermögensbschdbgg. der Anstalt auf die Art des Versicherungsvertrags an; bei Versicherung der einzelnen Stücke als solcher liege sie schon dadurch vor, daß von dem Versicherten unrichtige Entschädigg. für einen best. Gegenstd. gefordert werde, während bei einer Versicherung nach best. Gattungen u. in Pausch u. Bogen entscheidend sei, ob die geforderte Entschädiggssumme den Betrag des in der btr. Klasse o. im ganzen wirklich eingetretenen Schadens übersteige, was nicht zutreffe, wenn in Höhe der Nebenforderung andererseits verbrannte Gegenstände der Klasse entweder überhaupt nicht o. mit einem unter dem Wert bleibenden Ansatz genannt seien; die Frage des Versuchs blieb unerörtert; vgl. Lindenberg DJZ. 10 778; s. auch o. N. 18_2 aE.), II 2. Okt. 85 E. 12 392 (wer ausdrücklich nur auf feste Prämien versichern und eine Verpflichtung zu Nachschüssen nicht übernehmen wollte, sei deshalb noch nicht an seinem Vermögen beschädigt, wenn er durch Täuschung veranlaßt werde, eine auf Gegenseitigkeit begründete Versicherung und damit die Verpflichtung zu Nachschüssen zu übernehmen; vgl. aber den anders liegenden Fall IV 2. Juni 96 E. 28 394); so ferner das zit. VStS. E. 16 1 u. btr. des Falles der Versicherung bei einer ausländ. Gesellschaft statt bei der vom Versicherten gemeinten inländischen I 16. Apr. 96 E. 28 310; vgl. auch I 20. Sept. 83, 24. Nov. 92, E. 9 171, 23 324 (btr. Täuschung über den Bezug einer Ware von einem bestimmten Zwischenhändler bzw. über die Beschlagnahme eines verpachteten Anwesens) sowie: Geyer 2 60, Hälschner 2 250, v. Liszt S. 472, Merkel S. 329 u. HH. 3 766, 4 432f., 438, Oppenh.-D. N. 16, v. Schwarze N. 5. Durch den Abschluß eines Kaufvertrags über nur der Gattung nach bestimmte Waren wird im allgemeinen (anders beim Kauf nach Probe; BGB. § 494) selbst wenn der Verkäufer schon bei Abschluß des Vertrags die Absicht hatte, eine nicht mit den zugesicherten Eigenschaften versehene minderwertige Ware zu liefern, noch keine Vermögensschdbgg. des Käufers herbeigeführt, da er zur Zahlung des Kaufpreises nur Zug um Zug gg. Empfang der bedungenen gleichwertigen Ware verpflichtet ist; dagegen ist bei Erfüllung eines solchen Vertrages eine derartige Vermögensschdbgg. denkbar durch Unterschiebung einer minderwertigen Ware unter falschen Vorspiegelungen (N. 10_3); RG. III 2. April 00, 29. Juni 03, G. 47 283, 50 392.

Wird eine Sache von einem Nichteigentümer verkauft, so erlangte nach früherem Recht — abgesehen vom Handelsrecht — der Käufer durch die Übergabe kein Eigentum an der Sache und wurde also durch den Vertrag geschädigt. Dieser Rechtszustand ist durch BGB. §§ 932—934 wesentlich geändert, da hiernach beim Verkauf einer Sache durch den Nichteigentümer und daranschließende Übergabe der gutgläubige Käufer das Eigentum der veräußerten Sache erwirbt. Dem Käufer gegenüber kann also, da er ein entsprechendes Entgelt erhält, nach BGB. durch ein solches Verhalten ein Betrug nicht mehr begangen werden; Binding Lb. I 352 N. 5. Bei Schlechtgläubigkeit des Käufers tritt Eigentumserwerb nicht ein, und es ist deshalb, falls der Irrtum des Käufers auf Fahrlässigkeit beruht (BGB. § 932 Abs. 2), Betr. denkbar. Eine Ausnahme bilden nach BGB. § 935 dem Eigentümer gestohlene, verloren gegangene oder sonst — wider seinen Willen — abhanden gekommene Gegenstände (wohin Binding aO. in kaum zulässiger Ausdehnung auch unterschlagene Gegenstände rechnen will), bei denen — wiederum unter Berücksichtigung der Ausnahme des § 935 Abs. 2 — gleichfalls ein Eigentumserwerb auch bei Gutgläubigkeit des Käufers nicht eintritt und die somit die Grundlage zur Annahme einer Vermögensschdgg. des Käufers bilden können. Ist so auf Grund des BGB. §§ 932—935 vielfach eine Vermögensbschdgg. des Käufers nicht mehr zu konstruieren, so entsteht in solchen Fällen doch eine Schädigung des früheren Eigentümers, da er, der dem verkaufenden Nichteigentümer gegenüber noch Eigentümer war, nunmehr sein Eigentum an der verkauften Sache endgültig verloren hat; es kann also in derartigen Fällen, da Identität des Getäuschten u. Beschädigten nicht erforderlich ist (N. 16, 24), Betr. zum Nachteil des früheren Eigentümers vorliegen. In letzterer Beziehung aM. Binding aO. N. 5[2a]; gegen ihn zutreffend Finger KritVSchr. **44** 596. Ist ohne alsbaldigen Eigentumserwerb (BGB. §§ 929—931) lediglich ein Vertrag auf spätere Übergabe der Sache durch den Nichteigentümer geschlossen, so ist eine Vermögensbschdgg. auch des gutgläubigen Käufers denkbar; Dürbig Recht 7 441. Die angeführten Grundsätze finden entsprechende Anwendung für die ähnlichen Bestimmungen des BGB. §§ 405 ff., 1032, 1207 und des HGB. § 366.

Dem hier entwickelten Begriff der Vermögensbschdgg. entgegen nimmt die überwiegende, von Stenglein GS. **40** 102 ff. verteidigte, Meinung jedoch an, daß nicht der im Preise seinen Ausdruck findende objektive Wert eines Gegenstandes 2c., sondern die subjektive Schätzung ausschlaggebend sei; diese Ansicht verläßt jedoch den Boden des Gesetzes insofern, als statt der erforderlichen Vermögensbeschädigung schon eine Vermögensveränderung für ausreichend erachtet wird. Es würde aber unrichtig sein, den individuellen Verhältnissen gar keinen Einfluß einzuräumen, vielmehr wird immer in Betracht kommen, ob der Getäuschte nach seinen Verhältnissen von dem Erworbenen einen Gebrauch machen kann (so das Abs. 1 zit. RG. BStS. E. **16** 1 sowie II 21. Feb. 93 E. **23** 430, letzteres btr. den Ankauf von Aktien behufs Vermögensanlage), weshalb eine Vermögensbschdgg. des Getäuschten namentl. dann nicht für ausgeschlossen zu erachten ist, wenn das von ihm Erworbene für ihn den Wert nicht hat, der ihm objektiv beiwohnt, wenn es für ihn vielmehr gar keinen o. nur einen geringeren Wert hat und er zugleich außerstande ist, die erworbene Sache für einen ihrem objektiven Werte entsprechenden Preis ohne Schaden alsbald wieder zu veräußern; so: RG. zitt. E. **9** 362 (welches das zit. RG. E. **4** 117 in gleichem Sinne auffaßt), **23** 430, III 21. Juni 86 R. 8 470; ebenso liegt eine Vermögensbschdgg. des Verkäufers vor, wenn er Waren zwar zu einem den Anschaffungspreis übersteigenden Wert abläßt, durch die Vorspiegelungen aber zu einem höheren, als dem geschäftsüblichen Rabatt bestimmt ist; RG. III 5. Juni 05 E. **38** 108; übereinstimmend: v. Liszt aO. (die Vermögenslage des Getäuschten stehe in Frage; für ihn, für sein Vermögen müsse die Gegenleistung das Äquivalent für die Leistung enthalten), Frank N. V Abs. 2; vgl. RG. III 16. Mai 87 E. **16** 93, das die Voraussetzungen erörtert, unter denen ein gegen Krankheit verabreichtes Mittel bzw. ein gegen solche erteilter Rat Gebrauchswert für den Kranken habe; von diesem Standpunkte erscheint auch I 26. Jan. 88 R. **10** 66 gerechtfertigt, das den Verkauf eines vom Apotheker hergestellten minderwertigen Präparates unter der falschen Bezeichnung eines anderen vom Käufer verlangten Bitterwassers für

Betr. erachtet hat, selbst wenn die Herstellungskosten den Bezugspreis der echten Ware übersteigen sollten und das Fabrikat zum Preise der letzteren abgesetzt wird. Auf Grund des abweichenden Standpunktes ist jedoch in der Praxis eine Vermögensbschdgg. für vorliegend erachtet:

a. bei Ankauf einer aus anderer als der verabredeten Produktionsstätte stammenden o. einer mit Fehlern 2c. behafteten Sache, die der Käufer nach den von ihm verfolgten Zwecken bei Kenntnis jener Verhältnisse entweder garnicht oder nur billiger gekauft haben würde, mag auch der Wert objektiv dem Kaufpreise entsprechen; RG. III 27. Okt. 80 R. 2 399, I 20. Okt. 81, 20. Apr., 6. Juli 82, 29. Sept. 83, E. 5 137, R. 4 364, 675, 5 555;

b. bei der seitens einer Aktiengesellschaft erfolgenden Zahlung eines den von den Gründern selbst gezahlten Preis übersteigenden Kaufpreises für das die Unterlage der Gründung bildende Objekt, mag auch der Wert des letzteren dem Kaufpreise entsprochen haben; Berlin 18. Feb. 74 St. 3 361 (gebilligt von Stenglein 14. DJZ. 1 2 S. 98);

c. bei Zahlung einer Versicherungsprämie an eine Versicherungsgesellschaft, bei der man eine Versicherung garnicht nehmen wollte, mag auch die trotzdem daselbst genommene Versicherung die gleiche pekuniäre Sicherheit bieten wie die Versicherung bei einer anderen Gesellschaft, bei welcher man versichert sein wollte; Mannheim 13. Sept. 73, 27. März 74, St. 3 219, 4 59, Berlin 27. März 74 O. 15 194.

Andererseits erscheint aber die Ansicht von Merkel HH. 3 767 f., daß „in der Existenz eines realisierbaren Rechtsanspruches ein den Begriff des Betr. ausschließendes Äquivalent für die Leistung des Getäuschten gegeben sei", unrichtig, da selbst ein derartiges Forderungsrecht dem wirklichen Besitze des Gegenstandes, worauf es gerichtet ist, nicht unbedingt gleichsteht; anderenfalls würde jemand, der zahlungsfähig, seinem Wohnorte nach bekannt und gerichtlich belangbar ist, niemals einen Betr. begehen können, da die unbedingt vorhandene „Verbindlichkeit, das durch die Täuschung Gewonnene zu ersetzen oder zu restituieren", unter jener Voraussetzung ausführbar sein würde; vgl. RG. III 10. Jan. 80 E. 1 55, Hälschner 2 255 N. 2, H. Meyer S. 581, Frank N. V 2, Oppenh.-D. N. 5a, 16, Rotering GS. 60 269, 271. Es würde dann auch die Rechtsunwirksamkeit einer erschlichenen Willenserklärung die Annahme eines vollendeten Betr. ausschließen müssen, während eine derartige formell beweisende Erklärung, trotz ihrer Anfechtbarkeit im Rechtswege, einen Vermögensschaden darstellt; RG. III 15. März 83 E. 8 164.

23) Ist das Tatbestandsmoment durch den Eintritt einer Vermögensbschdgg. erfüllt, so kann es durch einen späteren Ersatz nicht wieder beseitigt werden; insofern braucht die Vermögensbschdgg. keine dauernde zu sein; so die GM., insbs. RG. I 7. Juni 80, 20. Juni 81, E. 2 89, 4 295, sowie btr. § 266: I 26. Jan., II 2. Juli 80, R. 1 273, 2 154.

24) Das Vermögen eines „anderen" muß beschädigt sein, d. h. eines anderen als des Täters oder desjenigen, in dessen Interesse dieser handelte; steht fest, daß in diesem Sinne ein „anderer" (der nicht der Getäuschte zu sein braucht; s. o. N. 16 u. btr. der Fälle des BGB. §§ 932—935 N. 22_2), beschädigt worden ist, so bedarf es einer Feststellung der Person des Beschädigten nicht weiter; Berlin 12. März 74 G. 22 265 (vgl. jedoch Merkel HH. 4 434).

Beim Betrugsversuch (N. 53bγ) ist es nicht notwendig, daß die Person, die in ihrem Vermögen beschädigt werden soll, bereits existiere; so kann z. B. die Absicht auf Beschädigung des Vermögens einer erst zu gründenden Gesellschaft gehen; RG. I 9. Juli 88 E. 18 82.

25) Ausweislich der Worte „Wer ... das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er 2c." muß zwischen der Täuschung und der Vermögensbschdgg. ein Kausalzusammenhang bestehen, wenn auch nur ein mittelbarer, da der „Getäuschte" nicht der „Beschädigte" zu sein braucht (N. 16); RG. I 25. Sept. 84 E. 11 245, IV 5. Apr. 92 G. 40 41 (beide btr. die Erregung eines Irrtums in einer Person, der die Ursache des Irrtums einer anderen wurde). Erforderlich ist immer nur, daß der Getäuschte infolge des Irrtums tatsächlich eine Hdlg. vornimmt, durch die eine Verschlechterung der Vermögenslage herbeigeführt wird, während es für die Frage des Kausalzusammenhangs ohne Bedeutung ist, daß die Vermögenslage im Falle der Wahrheit der vorgespiegelten Tatsache die gleiche

sein würde (§ 17_2). Vgl. aus der Praxis des RG. einerseits über die Fälle vorhandenen Kausalzusammenhanges: I 20. Apr. 82 R. 4 364 (bei Täuschung über einzelne Bestandteile des verkauften Objektes trotz Abschlusses des Verkaufs in Pausch und Bogen), II 14. Nov. 93 E. 24 405 (bei Täuschung des Verkäufers seitens eines zahlungsunf. Käufers über die Absicht, binnen bestimmter Frist zu zahlen), — andererseits über Fälle fehlenden o. nicht festgestellten Kausalzusammenhanges: I 10. Nov. 79, 26. Jan., II 23. März 80, R. 1 48, 276, 499 (die Täuschung des Exekutors folgte erst auf die bereits eingetretene Vbschdgg. des Gläubigers), I 15. Nov. 80 E. 3 35 (nicht die Täuschung, sondern das eigene Verhalten des Getäuschten trage schon die Vbschdgg. in sich), II 22. Nov. 81 (die Vbschdgg. sei bereits vor der Täuschung durch eine Unterschl. herbeigeführt), 11. Juli 00 (als die in Rücksicht auf die gesellsch. Stellung des Verpflichteten erfolgte Zahlung der Wechselsumme die Vbschdgg. bewirkte, sei die bei Hingabe der Wechsel vorhandene Täuschg. bereits erkannt worden), E. 5 252, 33 356, IV 21. Mai 89 G. 37 196 (f. d. Vbschdgg. des aus einem früheren Kaufvertrage Berechtigten sei nicht die Täuschung des Grundbuchrichters, sondern die Auflassung kausal gewesen), III 22. Jan. 83 (der Akt der Eheschließung mit seinen vermögensrechtl. Konsequenzen könne als eine einen Vschaden kausal verursachende Hdlg. des Getäuschten nicht angesehen werden), 28. Nov. 89 (die dem Verkäufer nicht angezeigte Absicht, die gekauften Sachen alsbald zu verpfänden, sei nicht kausal f. d. Vbschdgg.), 29. Apr. 95 (wenn, im Falle einer vorangegangenen Verschaffung eines Namensblanketts durch wahrheitswidrige Vorspiegelungen, die Vbschdgg. des Blankozeichners erst durch unbefugte Ausfüllung des Blanketts durch einen Kaufvertrag erfolge, so fehle es an dem erforderlichen ursächl. Zusammenhange), E. 8 12, 20 142, 27 184, IV 20. Juni 93 G. 41 142 (die Absicht, nicht erfüllen zu wollen, sei bei einem z. Z. der Bestellung solventen Käufer nicht kausal f. eine Vermögensbschdgg.; s. jedoch N. 20_2). Ist für die Vermögensbschdgg. etwas anderes kausal, z. B. eine Wegnahme i. S. des § 242 oder, wie in dem o. erwähnten, der Entsch. RG. G. 37 196 zugrundeliegenden Falle, die Auflassung, so kann eine etwa hinzutretende Täuschg. nicht weiter in Betracht kommen; RG. II 11. Mai 86 E. 14 121 (btr. die als Diebst. zu erachtende unbefugte Entnahme von Wasser aus einer öffentl. Wasserleitung).

26) Daß durch die verursachte Täuschung unmittelbar auf das Vermögen, sei es des Getäuschten, sei es eines Dritten, eingewirkt werde, ist der Natur der Sache nach undenkbar. Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbschdgg. kann vielmehr nur durch eine Handlung des Getäuschten vermittelt werden; deshalb muß die Täuschung darauf berechnet sein, einen anderen, den Getäuschten, zu einer Hdlg. zu bestimmen, und sie muß diese Folge wirklich haben.

Die eine Vermögensbschdgg. vermittelnde Hdlg. des Getäuschten kann nur eine Verfügung über Vermögenswerte, eine Veräußerung i. w. S., sein; so: RG. VStS. 20. Apr. 87 E. 16 1, III 28. Okt. 95 E. 28 144 (der Straßenbahnschaffner, der behufs Kontrole der Fahrgeldeinnahmen gg. Zahlung des Fahrgeldes Fahrscheine von einem Abreißblocke zu verabreichen habe, begehe dadurch keinen Betr., wenn er statt solcher ungültige Fahrscheine aushändige und das für letztere empfangene Fahrgeld nicht abliefere; doch könne in der Aushändigung des ungültigen Fahrscheins der Anfang der Ausführung eines Betr. durch Täuschung der Straßenbahngesellschaft mittels Vorlegung des Blockes zum Zwecke der Abrechnung liegen; s. u. N. 53b aE. sowie das N. 16 zit. G. 51 189), Schütze S. 472, v. Bar GS. 40 491. Wenn aber Merkel HH. 3 763 annimmt, daß die Hdlg. in einer bewußten Verfügung bestehen müsse, derartig, daß z. B. die durch Täuschung erschlichene Vollziehung einer, etwa für eine Bittschrift ausgegebenen und gehaltenen Schuldurk. kein Betr. sei, so entbehrt diese Auffassung eines gesetzlichen Anhaltes, da das Gesetz lediglich den Kausalzusammenhang zwischen Täuschung u. Vermögensbschdgg. fordert und ein solcher auch in dem bezeichneten Falle zweifellos vorliegt; ebenso Binding Lb. 1 354, Rotering GS. 60 275, etwas abweichend Lucas S. 348. Es ist weiter nicht notwendig, daß die Verfügung des Getäuschten als eine solche über Vermögensrechte sich darstelle, wie RG. III 22. Jan. 83 E. 8 12, Binding aO. u. Merkel HH. 3 763, 777 N. 10 annehmen; richtig: Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 34 (vgl. N. 44 III b). Der erforderliche

Kausalzusammenhang ist eben deshalb auch nicht, wie Merkel S. 329, HRl. „Betrug" u. HH. 3 764 u. Binding aO. 345 (der allerdings S. 341 N. 1 einräumt, daß ganz vereinzelt eine tatsächliche Bereicherung genügen könne) u. jetzt auch Frank N. V_2 ferner anzunehmen, ausschließlich nur dann denkbar, wenn der Getäuschte rechtlich in der Lage ist, über das Vermögen des, von ihm vielleicht verschiedenen (N. 16), zu Beschädigenden zu verfügen; es kann vielmehr nach Umständen die tatsächliche Möglichkeit hinreichen; so: RG. III 12. Apr. 94 E. 25 244, Hälschner 2 269, v. Liszt S. 472, v. Schwarze N. 27, Gryziecki Betrug S. 108, Rimpau Strafbarkt. d. Betr. (Diss. Tübingen 1892).

Diese schädigende Verfügung fehlt in den Fällen des heimlichen Mitfahrens sog. blinder Passagiere; auch deshalb kann darin ein Betrug nicht gefunden werden; im übrigen vgl. N. 2aα und namentl. die dort zitt. v. Bar, Binding, Frank u. Westrum.

27) Aus der Notwendigkeit des Kausalzusammenhanges zwischen der Täuschung und der Vermögensbschdgg. ergibt sich, daß, falls jemand Vermögensrechte aufgibt oder auf einen ihm mit Wahrscheinlichkeit zufließenden Gewinn verzichtet, ohne dafür irgend ein Entgelt zu wollen, von dem Vorliegen des hier in Rede stehenden Tatbestandsmerkmales des Betr. keine Rede sein kann, wenn auch eine Täuschung des Gebenden durch den Empfangenden mit unterlief; dabei ist aber nicht außer Acht zu lassen, daß das erwartete Entgelt von der verschiedensten Beschaffenheit, insbs. rein idealer Natur (vgl. z. B. N. 30IIc, 38a), sein kann und keineswegs einen Vermögenswert zu haben braucht. Aus dem Gesagten folgt ferner, daß, falls jemand das Entgelt erlangt, das er haben wollte, gleichfalls der erforderliche Kausalzusammenhang fehlt, wenn auch objektiv eine Vermögensbschdgg. vorliegt (indem das Entgelt von geringerem pekuniären Werte ist als das Hingegebene) und wenn auch eine Täuschung des Gebenden bezüglich der Motive (etwa hinsichtlich der Person des Empfangenden) vorlag; denn nicht dadurch wurde der Vermögensschaden zugefügt, sondern durch den eigenen Willen des Beschädigten. Vgl. Merkel HH. 3 758, 765, 4 432.

Ist übrigens die Hdlg. gegen das Vermögen einer Person gerichtet, der die Vermögensverwaltung nicht selbst zusteht, so ist deren Zustimmung zu der Beschädigung nicht geeignet, den sonst etwa vorhandenen Kausalzusammenhang zu beseitigen; Berlin 9. Juni 76 St. 7 147.

28) Wie die Verfügung über Vermögenswerte in der verschiedensten Weise geschehen kann, so kann folgeweise auch die Vermögensbschdgg. den verschiedensten Inhalt haben, da sie, wenigstens objektiv, in einer Verfügung des Beschädigten über sein Vermögen besteht (N. 26_2); Merkel HH. 3 763 f. Der Vermögensschaden, der auch nur als mittelbarer in Betracht kommt (RG. III 17. März 94 E. 25 182), umfaßt aber nicht nur „Vermögensrechte" (Berner S. 584), sondern es kann vielmehr, wie Merkel aO. hervorhebt, alles dasjenige, „worüber bereits jetzt in der Form eines Rechtsgeschäfts wirksam verfügt werden kann", Gegenstand einer Vermögensbschdgg. sein; so auch Hälschner 2 257. Aus diesem Grunde kann auch eine bereits vorhandene Kundschaft, die als solche einen Vermögenswert darstellt, Gegenstand eines Betr. sein (N. 37); so: RG. II 28. Feb. 82, III 22. Okt. 94, E. 6 75, 26 227, H. Meyer S. 585; auch Berlin 23. Apr. 79 O. 20 223, unter der Voraussetzung einer auf Verabredung zurückzuführenden Geschäftsverbindung; aM. München 12. Feb. 74 St. 3 360, sowie Binding Lb. 1 343, Hälschner aO., Frank N. V 1 sowie Rotering GS. 47 429 (vgl. übrigens N. 21).

29) Die Entziehung des Besitzes einer Sache oder eines Rechtes enthält an sich schon eine Vermögensbschdgg. (vgl. BGB. § 1006); so die GM., insbs. RG. III 10. Jan. 80 E. 1 55; aM. Binding Lb. 1 354. Doch ist angenommen, daß die — erschlichene — Einleitung der Zwangsverwaltnng eines Grundstücks für den zeitigen Inhaber dann keine Vermögensbschdgg. sei, wenn er jenes auf Grund eines nicht rechtsgültigen Vertrages u. ohne Auflassung in Besitz genommen hatte; RG. II 4. Dez. 96 G. 44 375.

30) Eine Beschädigung am Eigentum ist in der Praxis des RG. angenommen:

I. wegen fehlender Gegenleistung: bei Zahlung eines nur unter einer nicht eingetretenen Bedingung geschuldeten Geldbetrages; RG. III 3. Dez. 79 R. 1 111;

II. wegen nicht hinreichender Gegenleistung:

a. bei Übertragung von Eigentum gegen eine schlechte Hypothek; III 23. Feb. 81 E. 3 392; selbst auch gegen die Forderung eines leistungsfähigen, aber unwilligen Schuldners, der dem Gläubiger unbekannt war; II 3. Juni 92 G. 40 156 (wg. Erschwerung der Einziehung der Forderung); bzw. bei Verwendung von Mündelgut zu eigenem Nutzen von seiten des Vormundes, ohne gleichzeitigen, die jederzeitige Verfügbarkeit für die Mündel ermöglichenden Ersatz, bzw. bei der Notwendigkeit, Ersatzansprüche erheben zu müssen, statt auf vorschriftsmäßig angelegte Mündelgelder angewiesen zu sein; I 26. Jan. 80 R. 1 273 (btr. § 266); bzw. bei Verabfolgung verkaufter Waren auf Kredit, bzw. bei Gewährung eines Darlehns gegen sichernde Urkunden, welche, statt mit der eigenhändigen Unterschrift des Verpflichteten, mit der Unterschrift eines Bevollmächtigten versehen waren, also nur unter Gewährung eines prozessual viel unsichereren Rechtsanspruches; III 12. Okt. 85 E. 13 6; bei Insertionen in eine Zeitung, die weder seit der angegebenen Zeit bestand, noch die angegebene Höhe der Auflage hatte; IV 27. Okt. 96 E. 29 124;

b. bei Zahlung des Kaufpreises für eine Ware von anderer als der verabredeten Produktionsstätte, sobald hierdurch eine Verschiedenheit des Preises der Ware bedingt ist, mag auch der innere Wert der Waren beider Produktionsstätten gleich sein; III 10. März 80 E. 1 266; bzw. bei Zahlung der verabredeten Bausumme für einen vertragswidrig minderwertigen Bau bzw. eines namhaften Kaufpreises für ein an sich fast wertloses untaugliches Abtreibungsmittel, welcher bei Kenntnis von der wirklichen Beschaffenheit des Mittels nicht gezahlt sein würde; I 10. Jan., 17. Feb. 87, R. 9 15, E. 15 315 (zu letzterem vgl. aber N. 18₂).

Dagegen ist vom RG. verneint, daß, von besonderen Umständen abgesehen (vgl. N. 14 I c, sowie IV 15. März 95, 28. Jan. 97, II 25. Sept. 03, E. 27 75, 29 349, 36 367) die Eigenschaft eines an einen Dritten begebenen Wechsels als „Gefälligkeitswechsel" u. die über solche Eigenschaft beim Wechselnehmer bewirkte Täuschung zur Herstellung des Merkmals der Vermögensbschdgg. verwertet werden könne; III 14. Mai 91 E. 22 20; in ähnlicher Weise ist die Eigenschaft eines Wechsels als sog. Depot- o. als Kundenwechsels für unerheblich erachtet; I 15. Nov. 80 E. 3 35, III 2. Juni 92 G. 40 155.

31) Trotz vorliegender Eigentumsentäußerung ist dagegen eine Vermögensbeschdgg. wegen Erlangung einer hinreichenden Gegenleistung vom RG. verneint:

a. wenn bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft der wirkliche Wert der Leistung der Gegenleistung entspricht, mag auch der vorgespiegelte Wert der Leistung ein höherer sein als der wirkliche; so die N. 22₁ zitt. E. 4 117, 9 362, R. 5 577, 6 627 (vgl. aber das N. 22₂ zit. E. 38 108);

b. wenn bei der Kaufgelderbelegung in einer Zwangsversteigerung der auf eine Hypothek entfallene Betrag dem eingetragenen Gläubiger gezahlt wird, mag er auch infolge stattgehabter Abtretung nicht mehr Gläubiger sein; III 27. Nov. 80 R. 2 577.

32) Eine Vermögensbschdgg. durch Verlust o. Beschränkung dinglicher Rechte bzw. durch Einräumung solcher ist z. B. gefunden wegen fehlender Gegenleistung: in der Freigabe eines im Wege der Zwangsvollstreckung abgepfändeten Gegenstandes seitens des Vollstreckungsbeamten; RG. I 23. Okt. 79 R. 1 13.

33) Eine Vermögensbschdgg. durch Leistung einer Handlung von pekuniärem Werte wurde von RG.:

I. angenommen wegen fehlender Gegenleistg. bei unbefugter Benutzung der Fahrgelegenheit auf einer Eisenbahn (vgl. jedoch N. 2aα); I 20. Juni 81, 7. Feb. 87, E. 4 295, R. 9 114, II 13. März 88 E. 17 217; selbst bei bloßer Benutzung des Trittbrettes eines Personenwagens; IV 20. Okt. 93 E 24 318; nicht minder für den Fall des Besitzes eines gültigen Fahrscheins (einer Rückfahrtskarte), die aber nach Abrede mit dem Schaffner nicht entwertet worden, sondern nur ev. zur Sicherung im Falle des Betroffenwerdens dienen sollte; III 11. Juni 94 E. 25 412; (über die Frage der Übertragbarkeit der Eisenbahnretour- bzw. Abbonnementsbillets vgl. außer dem zit. R. 9 114 auch Berlin KG. Jahrb. 5 400 sowie ferner einerseits de Jonge Unübertragbarkeit d. Retourbillets — Köln 1887 —

sowie Retourbillets u. kein Ende — Berlin 1889 —, andererseits: Binding Lb. 1 357 N. 2, Jhering JheringsJ. 23 327 ff., v. Bar GS. 40 481, Kohler Treue u. Glauben S. 49, Friedsam Begriff der Tats. S. 57 ff.);

wegen nicht hinreichender Gegenleistung bei Beförderung von Frachtgegenständen durch die Eisenbahn für eine infolge falscher Gewichtsangabe zu gering berechnete Fracht; III 2. Juni 82 R. 2 11; bei Aufgabe des mit der Eintragung des Erwerbes im Grundbuche entstandenen Rechtes des Fiskus auf einen bestimmten Kostenbetrag gegen Annahme eines geringeren Betrages; III 24. Jan. 84 E. 10 48;

II. verneint wegen hinreichender Gegenleistung, wenn der Schuldner das leistet, was er unwidersprochen schuldet; III 25. Okt. 83 R. 5 640.

34) Eine Vermögensbschdgg. durch Übernehmen von Verpflichtungen ist vom RG.

I. angenommen a. wegen fehlender Gegenleistung: bei Eingehung von Wechselverbindlichkeiten ohne Empfang einer Valuta; III 7. Jan. 80 R. 1 196, I 6. Dez 80 E. 3 142;

b. wegen nicht hinreichender Gegenleistung:

α. bei Abnahme einer Ware, die zwar äußerlich von der verabredeten Beschaffenheit, in Wahrheit aber nicht der Abrede gemäß war; I 20. Okt. 81 E. 5 137 (vgl. jedoch N. 22a);

β. bei Verkauf eines Grundstücks nach vorhergegangener mündlicher Abrede auf Grund schriftlichen Vertrages, in den betrügerischer Weise andere Verabredungen aufgenommen waren; IV 5. Dez. 84 R. 6 784;

γ. bei Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung eines ärztlichen Honorars für eine Behandlung, die seitens des sie Übernehmenden nicht ernstlich gemeint war; I 21. Jan. 97 G. 45 37;

δ. bei Unterzeichnung eines Blanketts (Bestellzettels) durch Ausfüllung eines höheren Preises für die bestellten Waren; III 5. Jan. 03 G. 50 123;

II. verneint a. weil eine Verpflichtung zu einer Gegenleistung rechtlich nicht begründet war, sei es wegen Nichtzustandekommens einer bindenden Verpflichtung: bei der auf einer an eigene Order ausgestellten, mit dem Blankogiro des Ausstellers versehenen Tratte aus Gefälligkeit geschehenden Beifügung eines Blankogiros seitens eines Dritten, ohne Begebung des Wechsels seitens des Ausstellers; II 22. Feb. 83 E. 8 68;

b. beim Abschluß eines Kaufvertrages über eine allgemein bestimmte Ware, auch wenn der Verkäufer schon bei Abschluß des Vertrags die Absicht hatte, eine minderwertige Ware zu liefern; III 2. Apr. 00 G. 47 283; vgl. N. 22 Abs. 1 aE. sowie ferner III 29. Juni 03 G. 50 392.

35) Eine Vermögensbschdgg. durch Hinausschieben des Zahlungstermins für eine Forderung ist von RG.:

I. angenommen vom Gesichtspunkte der Gefährdnng der Forderung (N. 20) sowie auch von dem des Diskontoabzuges: bei Prolongation eines Wechsels, selbst wenn der Wechselverpflichtete zur Zeit der Prolongation Mittel zur Einlösung nicht besaß; II 21. Okt. 79 R. 1 12 (vgl. aber u. II);

II. während ferner III E. 3 332 angenommen hatte, daß schon in der Stundung an sich für den Gläubiger ein Nachteil liege, weil sie den Verzicht auf das Recht sofortiger Zahlung am ursprünglichen Verfalltage enthalte, hat III 9. Juni 87, 8. Juni 91, E. 16 164, G. 39 228 diese Ansicht (gegenüber dem N. 18 u. 22 zit. RG. VStS. E. 16 1) nicht mehr aufrecht erhalten, vielmehr für erforderlich erachtet, daß durch die Stundung die zur Zeit ihrer Erteilung noch vorhandene Einbringlichkeit der Forderung vereitelt o. vermindert o. in höherem Grade gefährdet sein müsse, was nicht zutreffe, wenn der Schuldner bereits z. Z. der Stundung völlig zahlungsunfähig gewesen sei; aus ähnlichen Gründen hat III 8. Okt. 96 G. 44 258 verneint, daß eine Vermögensbschdgg. allein schon deshalb gegeben sei, weil eine hypoth. Forderung für eine gewisse Zeit unkündbar sei, mochte selbst der Erwerber sie behufs alsbaldiger Einziehung an sich gebracht haben; entscheidend sei vielmehr der Verkehrswert der Hypothek.

36) Eine Vermögensbschdgg. durch Verlust bzw. Verkürzung einer Forderung (wobei auch bedingte und klaglose, obschon an sich gültige, Forderungen in Betracht kommen;

RG. II 4. Dez. 85, I 21. Feb. 89, IV 20. März 03, E. 13 138, 18 442, 36 205; s. auch N. 18₁) oder eines anderen vermögensrechtlichen Anspruches ist von RG.

I. angenommen:

a. bei der Annahme einer unsicheren Hypothek an Zahlungs Statt für eine Kaufgeldforderung; III 13. März 80 E. 1 309;

b. bei Aufgabe eines bei Lieferung von Backwaren kontraktlich gewährten Rabattes gegenüber dem Ladenpreise zu ungunsten des Geschäftsherrn (unter Gutschreiben desselben für den Bevollmächtigten), mag auch die Gegenleistung für die Backwaren unter dem Werte des Empfangenen geblieben sein; II 6. Juli 80 E. 2 215 (btr. § 266²);

c. bei Erlangung der Befriedgg. für eine noch nicht fällige Wechselfdg. unter den Voraussetzungen des materiellen Konkurses des Schuldners zu ungunsten der übrigen Gläubiger; RG. IV 5. Dez. 90 E. 21 237 (aM. Frank ZStrW. 14 404, dem aber nur darin Recht zu geben, daß WO. Art. 29 die Beschreitung des Prozeßweges nicht erfordert);

d. bei der mittels Täuschung bewirkten Abstandnahme von der Geltendmachung des Anspruches des Spielers in einer Klassenlotterie auf Erneuerung des Loses für die späteren Klassen; RG. II 16. Feb. 00 E. 33 193;

II. verneint: in Fällen, wo die Entstehung einer Forderung selbst wegen fehlender schriftlicher Form (auf Grund des KglSächsBGB.) bzw. die Rechtsgültigkeit der Forderung wegen begründeter exceptio doli zu verneinen war; RG. III 7. Dez. 81 R. 3 772, 7. Juli 84 E. 11 72.

37) Eine Vermögensbeschdgg. durch Vereitelung eines in Aussicht stehenden Gewinns (N. 21) ist von RG. verneint:

a. bei Beeinträchtgg. einer zukünftigen (N. 28) Kundschaft; II 28. Feb. 82 E. 6 75;

b. bei Entziehung eines tatsächlich zum Abschlusse bereiten Kauflustigen (weil es zu einem, wenn auch nur bedingten, Rechtsgeschäfte nicht gekommen); III 12. Okt. 85 E. 13 8; vgl. auch III 29. Nov. 94 E. 26 239, das die Frage erörtert, und i. c. in verneinendem Sinne beantwortet, inwiefern eine dem Vermittler eines Kaufgeschäftes von dem Käufer gewährte Zuwendung für die Annahme einer dem Käufer zugefügten Vermögensbschdgg. verwertet werden könne;

c. bei Bestimmung eines Richters durch falsche Vorspiegelungen, von der Verhängung einer Geldstr. abzustehen, weil nur ein Zuwachs des fiskalischen Vermögens verhindert werde, auf den der gesetzliche Anspruch unverletzt fortbestehe; I 21. Feb. 89 E. 18 442;

dagegen angenommen von den N. 21 zitt. E. 1 68, R. 3 772, bei Vorenthaltung einer Lohnerhöhung seitens des Werkführers einer Fabrik, dem gegenüber der Fabrikherr eine solche, ohne Wissen der Arbeiter, bewilligt hatte; bzw. bei Hingabe eines Grundstücks zu einem geringeren Kaufpreise, als wie er bei den vorliegenden Verhältnissen vom Kauflustigen zu erlangen war.

38) Wie die in N. 17₈ hervorgehobenen Wahrheitsverletzungen meist eine Täuschung nicht hervorgerufen, so fehlt andererseits, selbst wenn sie eine Täuschung verursacht haben, doch häufig der für den Tatbestand des Betr. erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und der Vermögensbeschädigung.

a) Wenn jemand durch die Vorspiegelungen eines Bettlers getäuscht wird und ihm demnächst auch ein Almosen gibt, so liegt dennoch nicht unbedingt eine durch Täuschung verursachte Vermögensbschdgg. vor; möglich ist immerhin noch, daß der Angesprochene die Gabe lediglich gibt, um den Bettler los zu werden, daß er also nur aus Anlaß der Täuschung durch seine eigene Laune zum Geben bestimmt wurde, ohne also ein, auch nur ideales, Entgelt für seine Gabe zu wollen (N. 27). Wie dieses häufig in der Geringfügigkeit des Gegebenen sich ausprägt, so läßt umgekehrt nicht selten die verhältnismäßige Größe der Gabe darauf schließen, daß der Gebende nicht in jener äußeren Absicht gab, sondern um einen wahrhaft Hilfsbedürftigen und Mitleid Verdienenden zu unterstützen; bei dieser Sachlage ist in der Hingabe des Almosens eine durch die Wahrheitsverletzung verursachte Vermögensbschdgg. zu sehen; die Freiwilligkeit der Gabe schließt den Tatbestand des Betr. nicht aus; denn die Minderung des Vermögens ist hier, wie in allen Fällen des Betr.

(N. 26), nur scheinbar eine freiwillige, indem der Gebende durch den Irrtum in einen Zustand der Unfreiheit versetzt wurde. So: **RG.** I 4. Juli 81, III 26. Mai 82, **E. 4** 352, **6** 360, Berner S. 584, Binding Lb. **1** 351, insbs. N. 1, Geyer **2** 59, Hälschner **2** 249, v. Liszt S. 473, Merkel HH. **3** 765, H. Meyer S. 584, Teichmann HRl. „Bettelei", v. Schwarze N. 15a, v. Hippel Bettel S. 19. **AM.** Frank N. v Abs. 3, weil der Gebende beim Betteln des Vermögenswertes sich stets entäußere ohne die Absicht, ein Entgelt zu erhalten. Eine Idealkonk. (§ 73) mit Bettelei liegt aber in den angeführten Fällen nicht vor; vielmehr kann es sich ev. nur um Betr. handeln (vgl. wg. des ähnl. Verhältnisses von § 253 zum Betteln unter Drohungen § 362 N. 3 letzt. Abs. u. das dort zit. **RG.** E. **32** 46). Was vom Betteln gilt, findet in erhöhtem Maße auf das Kollektieren (§ 361[4] N. a γ) Anwendung, so daß der Begriff des Betr. mit diesem durchaus vereinbar ist; **RG.** IV 3. Nov. 85 R. **7** 638.

b) Ebenso unterliegt es der tatsächl. Beurteilung, ob, wenn die wahrheitswidrigen Reklamen eines Kaufmanns 2c. im Einzelfalle eine Täuschung verursacht haben, auch ein Kausalzusammenhang zwischen dieser Täuschung und der Vermögensbschdgg. anzunehmen sei; Geyer **2** 59, Hälschner **2** 264. Bejaht ist dieser Kausalzusammenhang z. B. in den N. 17[3] zitt. Dresden St. **5** 113, 374; vgl. andererseits **RG.** III 2. April 00 G. **47** 283, btr. „allg. Anpreisungen", auf die im Verkehr kein Gewicht gelegt werde.

c) Das gleiche gilt von dem Kausalzusammenhange zwischen der durch einen Gründungsprospekt (HGB. §§ 178 ff.) veranlaßten Täuschung und einer demnächstigen Vermögensbschdgg. der ersten Aktienzeichner und Aktiennehmer, die mit den Gründern selbst oder deren Genossen in ein Vertragsverhältnis getreten sind. Vgl. einerseits: v. Liszt S. 475, Merkel HH. **4** 439, v. Schwarze N. 10a A. 4, Möller Gründerprozesse S. 31 ff., Mittelstädt 14. DJT. **1** 2 S. 112, die, ohne die Möglichkeit eines solchen Kausalzusammenhanges gänzlich zu leugnen, dennoch einen solchen meist für fehlend oder wenigstens für nicht nachweisbar erachten, andererseits: H. Meyer S. 584, Feige G. **26** 307, Stenglein, Thomsen, 14. DJT. **1** 2 S. 98, 2 165, die der Annahme eines derartigen ursächlichen Zusammenhanges geneigter sind, ferner Berlin 18. Feb. 74, 4. Mai 76, St. **3** 361, **6** 323 das i. c. den fr. Kausalzusammenhang bejahte.

d) Wer lediglich im guten Glauben an die Vertragstreue des Gegenkontrahenten eine vertragswidrige Ware ohne weitere Prüfung als vertragsmäßig hinnimmt, hat durch das Versprechen des anderen, Waren von gewisser Beschaffenheit liefern zu wollen, sich täuschen lassen, während ihm über die ihm tatsächlich gelieferte Qualität nichts vorgespiegelt ist; **RG.** III 5. Juli 86 E. **14** 310, das zu b zit. G. **47** 283; vgl. N. 22 Abs. 1 aE.

39) Erachtet man die Absicht jemandes für eine innere Tatsache (N. 9), somit auch die Irrtumserregung durch Vorspiegelung der Absicht, zu leisten, für eine Täuschung i. S. des § 263, so kann doch im weiteren der Kausalzusammenhang zwischen dieser Täuschung und der bei demnächstiger Nichterfüllung sich ergebenden Vermögensbschdgg. zweifelhaft sein. Zu verneinen ist er, wenn die Bbschdgg. erst durch die Nichterfüllung selbst verursacht wird; so hat München 28. Feb. 73 St. **2** 292 mit Recht den Kausalzusammenhang in dem Falle verneint, wo jemand unter der falschen Vorspiegelung, wirklich in Dienst treten zu wollen, unter Annahme eines Handgeldes sich vermietet hatte, weil, wenn auch der Mietende über die Absicht des sich Vermietenden sich hatte täuschen lassen, dennoch bei der i. c. möglichen Verfolgbarkeit des sich Vermietenden (der seinen richtigen Namen angegeben 2c.) der Vermögensschaden nicht schon durch die Täuschung, sondern erst durch die Nichterfüllung eingetreten war; aM. Binding Lb. **1** 350 N. 6, der den Eintritt des Schadens schon mit Zahlung des Handgeldes annimmt. Derartig liegen aber keineswegs, wie Hälschner 2 262 annimmt, alle Fälle der Täuschung über das Vorhandensein einer Absicht des Täuschenden (bzw. einer Ansicht, einer Meinung); denn wenn auch die zivilrechtl. Wirksamkeit des Geschäftes von dem bösen Glauben des sich Verpflichtenden unabhängig ist, so kann doch in der Vorleistung selbst die Beschädigung alsdann liegen, falls die Nachleistung durch die konkreten Umstände von vornherein ausgeschlossen und nicht erzwingbar, die eingegangene Verpflichtung also ohne jeden Vermögenswert ist; vgl. das N. 25 zit. **RG.** E. **33** 356.

40 a) Der erforderliche Kausalzusammenhang liegt nicht vor, wenn der Prozeßrichter, falls es nicht überhaupt nur um einen simulierten Prozeß über eine fingierte Forderung sich handelt (RG. II 12. Nov. 80 E. **2** 436, IV 28. Sept. 00 G. **47** 432), durch ein, in keiner Weise bescheinigtes oder bewiesenes, einseitiges Parteivorbringen bewogen, eine für die Gegenpartei eine Vermögensbschdgg. in sich schließende Verfügung o. Entscheidung trifft; mag hier auch eine Täuschung des Richters vorliegen, so ist doch die Vermögensbschdgg. nicht durch diese, sondern durch die Vernachlässigung der richterlichen Pflichten verursacht; so die GM., insbs. RG. III 25. Feb. 80, 30. Dez. 81, I 12. Mai 90, E. **1** 227, **5** 321, **20** 391; aM.: Binding Lb. **1** 350, H. Meyer S. 583 f.; vgl. aber auch Frank N. v 2 u. ZStrW. **12** 320 sowie Michel Strafb. Betr im Zivilpr. (Breslau 1898) S. 37 ff. (unter Berücksichtigung des besonderen Tatbestandes im Einzelfalle könne auch da, wo unbewiesene Behauptungen ausnahmsweise eine Täuschung des Richters bewirkt hätten, ein Betr. angenommen werden). Wird jedoch das bloß einseitige Parteivorbringen in der einen oder der anderen Weise überschritten, so kann sehr wohl ein Betrug durch Täuschung des Richters begangen werden; vgl. deshalb von den N. 16a zitt. Entsch. insbs. RG. R. **1** 479, 808, **9** 441, sowie ferner IV 24. Feb. 03 E. **36** 114 (insbs. 118 ff.) btr. Täuschung des Prozeßrichters im Wege der Zeugnisverweigerung, andererseits aber Kohler Treue u. Glauben S. 50 ff. Es gilt dieses namentl., falls der Wille darauf gerichtet ist, dem Richter auch falsches Beweismaterial zu unterbreiten, sei es, wenn nach Benennung falscher Zeugen demnächst auch in der Tat unwahre Zeugenaussagen vorgeführt werden sollen, sei es, wenn die Täuschung durch eine, obschon selbst vom Gegner erforderte (RG. III 18. Dez. 80 E **3** 169), Vorlegung falscher o. gefälschter Urkunden, z. B. ein behufs Erwirkung eines Arrestes gefälschtes Bescheinigungsmittel (II 8. Juni 80 E. **2** 91) oder durch Vorlegung an sich echter, jedoch materiell unrichtiger Beweismittel, wie z. B. eines echten, aber bezahlten und nicht kassierten Wechsels (I 1. Nov 80 R. **2** 421), oder einer behufs Erreichung der Einstellung des Zwangsverfahrens angefertigten schriftl. Versicherung (II 28. Dez. 86 E. **15** 126), oder einer auf eine andere als die eingeklagte Forderung bezüglichen Quittung (I 26. Sept. 87 E. **16** 193) bewirkt werden soll; vgl. dagegen über den Fall bloßer Bezugnahme auf Urk. als Beweismittel in einer Klageschrift (abgesehen von dem Falle der Erhebung einer Wechselklage) II 24. Jan. 99 E. **32** 1, in einem solchen Falle auch versuchten Betr. verneinend. Anders als die Lage des Prozeßrichters ist die des Konkursrichters bzw. Konkursverwalters im Anmeldungsverfahren, da deren Entschließung über Anerkennung der vom Gläubiger geltend gemachten Ansprüche nicht eine der prozeßrichterl. gleiche o. ähnliche Entscheidung ist, sd. auch auf die durch Beweismittel nicht unterstützten Ausführungen des Gläubigers gegründet werden darf; I 2. Juli 94, 28. Jan. 03, E. **26** 28, **36** 86; dsgl. die der Genossenschaftsvorstände bzw. Organe der Selbstverwaltung, die nach der Versicherungsgesetzgebung die Entschädigung wg. Unfalls o. Krankheit festzustellen haben; IV 5. Jan. 97 E. **29** 291 (vgl. andererseits aber den von III 1. Nov. 97 G. **46** 31 behandelten Fall: Verneinung des Kausalzusammenhanges zwischen einer zu hohen Rechnungsaufstellung des Angestellten einer Gesellschaft und der von dieser durch Zahlung des in Rechnung gestellten Betrages erlittenen Vermögensbschdgg., wenn der zur Prüfung der Rechnung verpflichtete Vorgesetzte solche unterließ).

b) Auch insofern die Täuschung des Prozeßgegners in Betracht kommt, reicht ein unwahres Parteivorbringen in der Regel nicht aus, um den erforderlichen Kausalzusammenhang herzustellen. Sind die Parteibehauptungen aber nicht nur, wie meist, darauf gerichtet und dazu geeignet, dem Gegner die Beweislast zuzuschieben (Merkel S. 328), soll somit durch sie der Gegner nicht nur bewogen werden, die tatsächlichen Grundlagen des erhobenen Anspruches nachzuweisen, sondern wird beabsichtigt, durch jene den Gegner zum Abstehen von jedem weiteren Vorgehen überhaupt zu veranlassen, so können darin zur Annahme eines Betr. geeignete Täuschungen gefunden werden; RG. I 14. Apr. 87 R. **9** 232, Hälschner 2 267, Frank N. v 2. Ebenso kann bei Verhandlungen unter Personen, die im Falle eines späteren gerichtl. Verfahrens Prozeßgegner sein würden, sehr

wohl bei Täuschung einer Partei durch unwahre tatsächl. Angaben der anderen der erforderliche Kausalzusammenhang vorliegen; Dresden 12. Juni 71 St. 1 57 (btr. Täuschung einer Versicherungsgesellschaft durch Überliquidation).

41a) Ganz Entsprechendes, wie bezüglich des Richters (N. 40a), gilt auch bezüglich des gerichtlichen Vollstreckungsbeamten; auch dieser darf einseitigen Angaben des Schuldners keinen Glauben schenken; so wird durch dessen unwahre Angabe, den zu pfändenden Gegenstand nicht in Gewahrsam zu haben, ein Betr. selbst dann nicht begangen, wenn der Beamte dadurch sich täuschen läßt; so die GM., insbs. Berlin 2. Juli 79 O. 20 319; vgl. auch RG. II 23. März 80 R. 1 499, durch Benutzung eines Postscheins über eine vom Schuldner angeblich abgesandte Summe und die dadurch über die Befriedigung des Gläubigers herbeigeführte Täuschung des Exekutors könne Betr. begangen werden, wenn auch letzterer seinen Dienstvorschriften nicht vollkommen entsprechend gehandelt habe.

b) Andererseits aber kann auch der Gläubiger, der einen vollstreckbaren Titel erworben hat, nicht dadurch eines Betr. sich schuldig machen, daß er dem mit Ausführung der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher keine Mitteilung über eine nachher erfolgte Abschlagszahlung macht; denn der Gerichtsvollzieher hat die Zwangsvollstrckg. vorzunehmen, unbekümmert darum, ob nach seiner Meinung der Anspruch noch ungeschmälert besteht o. nicht; RG. IV 11. Nov. 92 E. 23 286.

Dolus. N. 42—51.

42) Der Betrug ist, wie die Erpressg. (§ 253 N. 8), ein Bereicherungsdelikt; denn er erfordert, gleich dieser, als Tatbestandsmerkmal „die Absicht (N. 49), sich oder einem Dritten (N. 48) einen rechtswidrigen (N. 45 f.) Vermögensvorteil (N. 43 f.) zu verschaffen (N. 47)"; Binding Normen 2 559; s. hiergegen jedoch Groß Raritätenbetr. S. 88 ff. Diese Absicht ist aber keineswegs, wie Berlin 28. Feb. 79 O. 20 117 will, dem „im § 263 vorausgesetzten Dolus" gleichzustellen; sie bildet vielmehr nur einen besonders wichtigen Bestandteil des Dolus, der mit Rücksicht auf den begrifflichen Unterschied von der Erpressg. (N. 56 f) zu bestimmen ist als der Vorsatz, sich oder einen Dritten durch das Mittel der Täuschung rechtswidrig zu bereichern; aM. Binding aO. S. 564, der in der Wahl des Mittels nur ein „zum wesentlichen Merkmal erhobenes Strafmoment" sieht.

Von jenem hervorgehobenen Merkmal des Dolus zunächst abgesehen, folgt aus dessen Wesen, daß der Wille, zu täuschen, obwalten muß (so RG. II 30. Okt. 79 R. 1 26, diesen in einem Falle verneinend, wo ein Kunstprodukt unter der ortsgebräuchlichen Bezeichnung „Ziber" verkauft war), sowie ferner, daß die Beschädigung des Vermögens eines anderen gewollt sein muß; Binding aO. S. 562, Merkel HH. 3 761, 4 434, Schütze S. 472, Löwenstein Verbrechenskonk. S. 27 N. 2. Es muß endlich die Beschädigung als Folge der Täuschung gewollt sein, so daß also der Täuschende im Bewußtsein des Kausalzusammenhanges zwischen Täuschung und Vermögensbeschädgg. gehandelt haben muß; RG. III 21. Dez. 81 E. 5 277. Da übrigens insoweit (s. andererseits N. 49) auch Eventualdolus ausreichend ist (RG. III 26. Apr. 97 G. 45 137 btr. desselben beim Versuch), so deckt die obige Ansicht sich mit der GM., die das Bewußtsein davon, daß die Vermögensbeschädgg. eines anderen die Folge der Täuschung sein könne, für ausreichend erachtet, sofern nur der Täter diese nach seinem Bewußtsein mögliche Beschädigung auch eventuell in seinen Willen aufgenommen hat; so insbs. RG. II 23. März 80, 1. Juli 84, 29. März 89, 8. Dez. 93, R. 1 499, 6 493, E. 19 90, 25 5, III 21. Dez. 81, I 6. Dez. 80, 8. Juni 82, E. 5 277, 3 142, R. 4 547. Keinesfalls ist die Absicht der Vermögensbeschädgg. erforderlich, d. h. der Zweck des Handelns braucht nicht die Beschdgg. zu sein; so die zitt. E. 3 142, 5 277.

43) „Vermögensvorteil" (§ 253) ist einerseits begrifflich enger als „Vorteil" bzw. „Vorteil jeder Art" (§§ 49a N. 15, 257 N. 31, 39, 258, 259); RG. II 1. Apr. 81 E. 4 48, I 20. Mai 97 G. 45 260. Der Vorteil muß deshalb nicht nur ein materieller (so jedoch Schütze S. 456 N. 23), sondern von vermögensrechtlicher Bedeutung (Binding Lb. 1 362, H. Meyer S. 576) sein; meist wird ein pekuniärer Vorteil verlangt, der in-

dessen einen bestimmten Schätzungswert im Gelde nicht erfordere; so namentl. v. Schwarze § 253 N. 12 sowie ferner: Hälschner 2 272, v. Liszt S 471, Merkel HH. 3 730, Billnow Raub S. 49, Katz GS. 31 440; vgl. jedoch Simonson Vorteil S. 44 f., der auf den hierin liegenden Widerspruch hinweist, da „pekuniär" und „im Gelde ausdrückbar" gleichbedeutend seien; unrichtig rechnet er S. 50 einen sinnlichen Genuß (z. B. genießen einer Flasche Wein) nur dann hierher, falls ihn der Täter auch ohne die Tat gegen eine vermögensrechtl. Aufwendung sich verschafft haben würde (vgl. das u. Abs. 3 zit. RG. G. 47 376).

Andererseits ist der Begriff des Vermögensvorteiles weiter als derjenige von „Gewinn" (§ 133 N. 8); denn er umfaßt nicht bloß die Vermögensvermehrung, sondern unter der Voraussetzung, daß dadurch auch der Wert erhöht werde, die erhöhte Sicherung des vorhandenen Vermögens o. eines Vermögensteiles, namentl. also die Abwendung eines Schadens, ferner die erhöhte Leichtigkeit der praktischen Durchführung (die Realisierbarkeit) eines vermögensrechtl. Anspruches; so die GM., insbs. RG. II 3. Dez. 80 R. 2 599, III 16. Okt. 84 E. 11 155.

Demnach ist ein, den Gegensatz zum „Vermögensschaden" (N. 18) bildender „Vermögensvorteil" schlechthin jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage, jede Vermehrung des Gesamtvermögenswertes (RG. I 18. Okt. 80, 10. Feb. 81, E. 2 352, 3 378 [btr. G. v. 21. Mai 1878 § 2], 3. Juli 82 R. 4 669 [btr. § 268], III 5. März 88 E. 17 233), mag es auch nur um die Erlangung eines geringwertigen Verzehrungsgegenstandes sich handeln, wobei die Absicht auf augenblicklichen Verzehr gerichtet ist; RG. III 26. Mai 00 G. 47 376 (btr. § 253). Sowenig wie der Begriff einer Vermögensbschdgg. durch einen späteren Ersatz beseitigt wird (N. 23), sowenig wird der eines Vermögensvorteiles durch die Möglichkeit der Notwendigkeit einer späteren Ersatzleistung berührt; RG. III 25. Juni 85 E. 12 395 (btr. Erlangung einer Diskontosumme zur zeitweiligen Benutzung beim Diskontieren fabrizierter Wechsel).

Darauf, welcher Vermögensvorteil beabsichtigt sei, legt das Gesetz kein Gewicht; es genügt deshalb bezüglich seiner eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29), sobald dadurch nur die Identität der Tat nicht in Zweifel gestellt wird; RG. III 30. Apr. 81 E. 4 167 (btr. § 253).

44) In der Praxis des RG. ist als Vermögensvorteil (vgl. auch N. 28 ff.)

I. erachtet worden:

a. der Erwerb des Besitzes einer Sache (N. 29); III 10. Jan. 80 E. 1 55; deshalb auch schon die Erlangung des Besitzes eines geringwertigen Verzehrungsgegenstandes, selbst wenn die Absicht von vornherein auf augenblicklichen Verzehr gerichtet war; III 26. Mai 00 G. 47 376;

b. der Erwerb von Eigentum, insbs. von Geld; I 20. Okt. 81, 6. Apr. 82, E. 5 137, R. 4 675 (btr. Erlangung des geschäftsübl. Gewinns), II 20. Okt. 99, 11. Apr. 05, E. 32 335, 38 15 (§ 253; btr. Erlangung von Beiträgen zu einer Verbandskasse, die hierdurch eine ihr unmittelbar zur Verfügung stehende Erhöhung des Barbestandes erfuhr, während die Verpflichtung zu künftigen Gegenleistungen an den Zahlenden eine ungewisse u. unbestimmte war), I 17. Jan. 01 G. 48 115 (§ 253; btr. Empfangnahme von Geld seitens eines mit der Annahme von Arbeitern für einen gewerbl. Betrieb Beauftragten behufs Einstellung, bei Verpflichtung zur Annahme Arbeitsuchender nach ihrer Fähigkeit u. Bedürfnis des Betriebes);

c. die Erzielung der Vornahme einer Handlung seitens eines Privaten oder einer Behörde; I 5. Feb. 80 (btr. Abänderung eines in einer Zivils. ergangenen ungünstigen Urteils im Wiederaufnahmeverfahren), II 4. März 81 (btr. Strafverfolgung seitens der StA.schaft wegen Meineides behufs Durchführung der Restitutionskl. gemäß ZPO. § 580[3]), IV 14. Dez. 86 (btr. Anordnung eines dingl. Arrestes), E. 1 186, 3 369, 15 148;

d. der Erwerb eines oblig. Anspruches (N. 34), insbs. gegen jemand, der für eine bestehende Schuld als Selbstschuldner o. Bürge sich verpflichtet; III 17. März 80 E. 1 318, 14. Dez. 96 G. 44 396 (btr. einen Anerkennungsvertrag nach SächsBGB.);

e. die Erlangung von Kredit; III 25. Juni 85 E. 12 395;

f. die Erlangung einer Stundung; III 2. Feb. 81 E. 3 332 (btr. Wechselprolongation);

g. die Befreiung von einer Verbindlichkeit (N. 36), insbs. von einem rechtskräftig festgestellten Anspruch, mag er auch noch durch einen richterl. Eid bedingt sein o. die Verurteilung auf einem Meineide des Gegners beruhen; III 11. Juni 81 E. 4 279, Berlin 4. Apr. 76 O. 17 248; von einer (statutengemäß) verwirkten Ordnungsgeldstrafe; I 11. Feb. 86 R. 8 113 (btr. § 268; vgl. übrigens u. II);

h. die Einziehung einer vom Schuldner, wenn auch zu unrecht, bestrittenen und durch Prozeß nicht mit vorauszubestimmender Sicherheit für durchführbar gehaltenen Forderung, ja, bei Zweifelhaftigkeit der Einziehbarkeit der Forderung nach Zeit oder Summe, selbst die Erlangung nur eines Teilbetrages (nicht jedoch die Einziehung einer begründeten Forderung schlechthin, indem der Vorteil des Geldbesitzes durch den Nachteil des Unterganges der einen wirklichen Vermögenswert darstellenden Forderung aufgehoben wird); so III 17. März 80, 11. Dez. 82, 16. Okt. 84, E. 1 318, 7 378, 11 155, u. insbs. btr. Erlangung der Befriedigg. wg. einer noch nicht fälligen Wechselforderung, während nach WO. Art. 29 nur ein Anspruch auf Sicherstllg. bestand, IV 5. Dez. 90 E. 21 237 (dagegen zu Unrecht Frank ZStrW. 14 404);

i. die Erlangung o. Erhaltung einer Kundschaft (N. 28, 37); I 7. Apr. 81 R. 3 302, 29. Nov. 00 E. 34 15, insbs. 20 (btr. § 253); die Beseitigung einer dem Gewerbebetriebe gemachten Konkurrenz; IV 23. Okt. 96 G. 44 274 (btr. § 253), zit. E. 34 15;

k. die Verhinderung o. Verzögerung der Erhebung begründeter Ansprüche; I 3. Juli 82 R. 4 669 (btr. Ansprüche aus einer strafb. Hdlg.), insbs. auch die Abwendung einer verwirkten Geldstrafe bzw. der Verurteilung zu einer solchen; so: III 5. Juli 00 E. 33 333 (unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren abweichenden Ansicht in E. 2 33), 24. Feb. 02 G. 49 131 (mit eingehender Begründung), Geyer 2 104, Simonson Vorteil S. 47; aM. Kohler G. 49 181; vgl. übrigens auch u. unter II;

l. die Erlangung eines Beweismittels für eine bestehende Handlung; II 3. Dez. 80 R. 2 599; vgl. auch das zu d zit. G. 44 396;

II. nicht erachtet worden: die Abwendung einer strafrechtl. Verfolgung (vgl. III 9. Feb. 81 R. 3 16, das I k zit. R. 4 669 „jedenfalls nicht unter allen Umständen");

III. nicht unbedingt erachtet worden:

a. ein Zwangsvergeich im Konkurse (jedoch möglicherweise nach Maßgabe seines konkreten Inhaltes); II 23. Feb. 86 R. 8 136 (btr. § 253);

b. die sog. reiche Heirat; je nach Umständen kann in der Erschleichung o. Herbeiführung einer solchen eine Vermögensbschdgg. gefunden werden, insofern der Ehemann durch Irrtumserregung ein Frauengut in die Hände bekommt, das die ihm zufallenden ehel. Lasten übersteigt u. das er ohne die Täuschung nicht erhalten haben würde; I 10. Jan. 01 E. 34 85, Frank N. VI; dabei ist nicht notwendig, daß infolge der Eheschließung der Getäuschte eine Verfügung über Vermögensrechte vornehme (N. 26_2); so wurde Betr. bejaht von II 21. Mai 86 E. 14 137 in einem Falle, wo der Ehemann die Frau nur durch geflissentl. Täuschung über seine Mittellosigkeit zur Eheschließung in der Absicht bestimmt hatte, sich in den Besitz des Vermögens bzw. seiner Einkünfte zu setzen, um es ohne Berücksichtigung der Zwecke der Ehe für sich zu verwenden (so auch H. Meyer S. 576 u. Oppenh.-D. N. 34), dagegen von III 22. Jan. 83 E. 8 12 in einem Falle verneint, wo angenommen wurde, Angkl. habe beabsichtigt, als Ehemann mit seiner Ehefrau zu leben u. deren Vermögen für die Zwecke der Ehe zu verwalten (so auch Schütze S. 456 N. 23 u. Katz GS. 31 440).

45) Ein „rechtswidriger" Vermögensvorteil ist ein „wider oder gegen Recht" (contra jus) erlangter Vermögensvorteil, keineswegs schon ein solcher, auf welchen man „kein Recht" hat, also ein Vermögensvorteil, der „ohne einen darauf bestehenden Rechtsanspruch" (praeter legem), unter Verletzung vermögensrechtl. Grundsätze, erlangt wird; so: Binding Lb. 1 362 ff. u. Normen 2 560 f., Hälschner 2 273, 383, Merkel S. 325 u. HH. 3 733, 772, 4 434, Schütze S. 456, v. Lilienthal S. 64, Frank N. VI 3c, Rubo N. 4, Waag GS. 31 250; aM. außer den Motiven: RG. I 10. Nov. 79, 7. Apr. 81, II 12. Okt. 80, R. 1 48, 3 202, 3 325,

III 17. März 80, 9. März, 11. Juni, 17. Dez. 81, 16. Okt. 84, E. **1** 318, **3** 429, **4** 279, **5** 352, **11** 155, sowie I 7. Jan. 95 E. **26** 353 (s. u. Abs. 2), Berner S. 587, Geyer **2** 57, v. Liszt S. 471, Lucas S. 352, H. Meyer S. 578, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 65, Katz GS. **31** 443, welche die Rechtswidrigkeit des Vorteils schon dann annehmen, wenn er ohne einen darauf bestehenden Anspruch erlangt ist.

„Rechtswidrig" ist hiernach ein Vermögensvorteil nur dann, wenn das Objekt auf das er sich bezieht, einerseits nicht Gegenstand eines dem Betreffenden zustehenden Rechtsanspruches ist, andererseits aber dem Vermögen eines anderen in einer den privatrechtl. Grundsätzen widersprechenden Weise, d. h. wider seinen wahren Willen, insbs. mittels Täuschung (§ 263) o. Gewalt bzw. Drohung (§ 253), entzogen wird (N. 26), unter diesen Voraussetzungen somit auch der einer Armenkasse zugewendete Vermögensvorteil (s. das Abs. 1 zit. RG. E. **26** 353 btr. § 253); so von den Anhängern der diesseits vertretenen Ansicht namentl. Merkel aO.; ähnlich auch Villnow Raub S. 49, ferner aber auch, angeblich auf dem Boden der reichsgerichtl. Praxis, RG. III 6. Okt. 90 E. **21** 114 (Nichtbestehen eines Rechtes auf den erstrebten Vermögensvorteil i. V. mit dem Umst., daß zu dessen Erreichg. beim Betr. das Mittel der Täuschung, bei der Erpressg. dasj. des Zwanges durch Gewalt o. Drohung angewendet worden), das deshalb trotz GewerbeO. §§ 105, 152 die Rechtswidrigkt. des erstrebten Vermögensvorteils im Falle des § 253 für nicht ausgeschlossen erachtet, wenn vereinigte Arbeiter zur Erlangung besserer Lohnbedingungen, auf die ihnen kein Anspruch zusteht, Drohungen anwenden; ähnlich RG. IV 22. Jan. 97 G. **45** 39 btr. Inaussichtstlllg. eines Boykotts, um einen Arbeitgeber zur Beschäftgg. gewisser Arbeiter zu veranlassen. Zu weit geht dagegen Rubo N. 4, wenn er verlangt, daß „ein an sich, also absolut und objektiv rechtswidriger Vermögensvorteil" angestrebt sein müsse; richtig in dieser Beziehung: Binding Lb. **1** 363 u. Normen **2** 564, Merkel HH. **3** 729, Oppenh.-D. N. 6, sowie RG. I 22. Juni 80, 13. Juni 81, 24. März 84, R. **1** 261, **3** 386, E. **10** 216. Vgl. übrigens auch die N. 18₂ zitt. RG. btr. die aus unsittlichen 2c. Hdlgen hergeleiteten Ansprüche sowie Frank N. VI 3 c, § 253 N. IV 2 u. ZStrW. **14** 393 ff. Darüber, daß auch ein rechtskräftiger vollstreckbarer Anspruch das Wesen eines rechtswidrigen Vermögensvorteils an sich tragen kann, vgl. RG. I 6. Juni 01 E **34** 279 (btr. § 253).

Aus dem Begriffe der Rechtswidrigkeit in diesem Sinne, dem gegenüber das Bestehen einer sog. moralischen Verpflichtung seitens des Getäuschten (bzw. im Falle des § 253 des Vergewaltigten) nicht in Betracht kommt (so btr. § 253: Berlin 20. Jan. 75, 13. Sept. 77, 24. Mai 76, O. **16** 58, **18** 564, St. **6** 314, Oppenh.-D. § 253 N. 5 a, Katz GS. **31** 443) ergeben sich als Folgerungen:

a. einerseits, daß ein Vermögensvorteil, auf den ein Recht besteht (wenn auch nur in der Meinung des Täters; N. 51), niemals durch Anwendung der Mittel der Täuschung (bzw. der Gewalt o. Drohung) ein rechtswidriger i. S. der §§ 263, 253 werden kann; so RG. III 11. Dez. 82, 7. Juli, 16. Okt. 84, E. **7** 378, **11** 72, 155, II 26. Jan. 83, 1. Juli 84, 10. Nov. 85, 12. Nov. 89, R **5** 59, **6** 493, **7** 653, E. **20** 56, (btr. Einbringung einer begründeten Forderung bzw. eines fälligen Rechtsanspruches mittels Drohung o Täuschung unter Vermeidung des Prozeßweges, bzw. Beseitgg. eines vollstreckbaren Urteils, welches vom Gegner durch Leistung eines Parteieides unter Verletzung der Eidespflicht erstritten war); vgl. übrigens auch III 30. Apr. 81 E. **4** 167, das, unter Voraussetzung der Unfähigkeit des Schuldners zur Erstattung der Prozeßkosten, lediglich hypothetisch dahin sich ausspricht, es könne die Absicht des Angekl. möglicherweise darauf gerichtet gewesen sein, sich ohne Berechtigung eine günstigere Vermögenslage zu schaffen, ohne jedoch auf die Bedingungen einer solchen Annahme näher einzugehen;

b. andererseits, daß ein Vorteil, der dem Schuldner selbst gegenüber ein rechtlich begründeter sein würde, einem nicht verpflichteten Dritten gegenüber ein rechtswidriger ist; vgl. z. B.: Berlin 13. Juli 74, 16. Apr. 76, Dresden 16. Apr. 77, St. **4** 185, **6** 322, **7** 306, München ObersteLG. 4. Jan. 04 E. **4** 187.

46) In der Praxis des RG. ist die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils z. B.

I. bejaht (vgl. auch N. 45 b), und zwar von: II 12. Okt., 3. Dez. 80, III 11. Mai

81, 25. Juni 85, I 7. Feb. 87, R. 2 325, 599, 3 294, 7 434, 9 114, III 2. Juni 04 E 51 397, (btr. durch Drohung erlangte Befriedigung seitens des Schuldners trotz gerichtl. Beschlagnahme der Forderung, bzw. Beschaffung einer Beweisurk. für eine an sich bestehende Forderung, bzw. Erlangung von Baugeldern von einem zur Gewährung derselben zwar Verpflichteten, jedoch unter der durch Täuschung bewirkten Rechtsverletzung, daß ihm statt der verabredeten Erhöhung der dingl. Sicherheit ein gegen den persönl. Schuldner nicht realisierbares, dinglich nur durch das Unterpfand unausgebauter Gebäude gesichertes Forderungsr. gewährt wurde, bzw. die durch Täuschung erlangte Diskontierung eines fabrizierten Wechsels, trotz demnächstiger Einlösung, falls ein Rechtsanspruch auf Erlangung der Diskontosumme zur Benutzung fehlte, bzw. Benutzung eines als „nicht übertragbar" bezeichneten Eisenbahnabonnementsbillets durch einen Dritten, weil kein Gesetz der Eisenbahnverwaltung verbiete, in dieser Richtung Bedingungen der Eisenbahnbenutzung aufzustellen, bzw. Erlangung eines Darlehns, hinsichtlich dessen das ursprüngliche Darlehnsversprechen rechtsgültig widerrufen war, so daß dem Täter auf dessen Hingabe ein Recht nicht zustand), I 12. Feb. 80, 24. März 84, III 11. Juni 81, 15. März 83, 18. März 89, IV 10. Okt. 90, II 5. Nov. 95, IV 23. Nov. 97, E. 1 205, 10 216, 4 279, 8 164, 19 161, 21 107, 28 63, 30 337 (btr. Erlangung eines Schuldscheines über eine höhere Summe, als die Schuld betrug, die durch Drohung bewirkte Erlangung von Geld für Abstandnahme von der Veröffentlichung der gerichtl. Verhandlg. eines Kriminalfalles, bzw. Befreiung von einem rechtskräftig durch richterl. Eid bedingten Anspruch unter Voraussetzung der Wahrheit der eidl. zu erhärtenden Tatsache, Aneignung der Versicherungssumme, auf welche ein Gewerbetreibender seine Arbeiter für außerhalb der gesetzl. Haftpflicht liegende Unfälle versichert hatte [ähnlich I 16. Dez 86 R. 8 763], bzw. der Schuldsumme, trotz erfolgter Abtretung der Forderung, bzw. eines Spielgewinnes unter Täuschung der Mitspielenden über die Eigenschaft des als Glücksspieles angesehenen Spieles [vgl. jedoch Kohler Treue u. Glauben S. 43], bzw. eines mittels Betr. erlangten Anspruches, wenn auch der Gegenkontrahent die nach PrALR. I 5 § 349 erforderliche Anfechtungserklärung noch nicht abgegeben hatte, sowie selbst dann, wenn er durch Betr. erlangte Wechsel behufs Abschneibung der Einrede des Betruges an einen Dritten weiter begeben u. durch diesen im Wege des Versäumnisurteils ein vollstreckbarer Titel gegen den Betrogenen erlangt war, bzw. bei Zurückforderung [§ 253] des in einem Glücksspiele verlorenen Geldes); endlich I 29. Nov. 00 E. 34 15, insbs. 20 (btr. § 253; Erhaltung der Kundschaft eines gewerbl. Kartells, auf die ein Anspruch nicht bestand, unter der Drohung, weitere Warenlieferung zu verweigern, falls Bedrohter solche Waren von anderen beziehe, mit der weiteren Ausführung, daß der erstrebte an sich rechtsw. Vermögensvorteil dadurch nicht zu einem rechtmäßigen werde, daß Täter zu seinem Handeln durch Kontraventionsbestimmungen des Kartells sich verpflichtet glaubte; gg. diese Entsch. jedoch Binding Lb. 1 379 N. 2);

II. verneint (vgl. auch N. 45a) und zwar von: III 27. Nov. 80 R. 2 577 (btr. Vorschiebung einer Person als Realgläubigers zur Empfangnahme des dem Realgläubiger zustehenden Anteils bei der Verteilung einer Subhastationsmasse behufs Benachteiligung der Gläubiger des Realgläubigers), 9. März 81 E. 3 429 (btr. Nötigung eines Bieters bei einem Submissionstermine zur Zahlung einer Geldsumme unter der Drohung, anderenfalls zu unterbieten, bei Voraussetzung des ernstlichen Willens zum Unterbieten), II 10. Nov. 85, 23. Dez. 87, R. 7 653, 9 748 (btr. Nötigung — § 253 — eines Falschspielers zur Zurückzahlung des Gewinnes trotz PrALR. I 11 § 578, weil nicht das Spiel, sondern der Betr. das Fundament des Anspruches bilde, bzw. zur Zurücknahme einer Klage bei rechtlich unbegründetem Klageanspruche).

47) Das „Verschaffen" eines Vermögensvorteils bezeichnet jede Art der günstigeren Gestaltung der Vermögenslage (N. 43a). Daraus folgt zunächst, daß das Verschaffen eines Vermögensvorteils auch in der Erhaltung eines bereits erlangten, aber in seinem Fortbestande gefährdeten Vermögensvorteiles bestehen kann; so RG. IV 3. Juni 90 E. 38 202 u. btr. § 268: RG. I 7. Mai 80 E. 2 53 (btr. Absicht, sich im Besitz eines bereits er-

langten Darlehens zu erhalten), I 3. Juli 82 R. **4** 669, II 5. Feb. 84 E. **10** 76 (alle btr. Absicht, sich im Besitze der durch Straftaten erlangten Vorteile zu erhalten bzw. die Erhebung von Ersatzansprüchen zu verhindern); aM. Meves G. **38** 204 N. 2.

Es ist deshalb ferner nicht notwendig, daß die durch Täuschung (bzw. Drohung o. Gewalt) veranlaßte Hdlg. selbst eine unmittelbare vermögensrechtl. Wirkung habe; sie muß nur, im Falle der Vollendung der Tat, geeignet sein, den angestrebten Vermögensvorteil zu verwirklichen (N. 26_1); so: RG. III. 26. Feb. 81 E. **3** 426 (btr. § 253), Oppenh.-D. N. 34, Katz GS. **31** 430; aM.: Schütze S. 456, v. Buri GS. **29** Beilageh. S. 66 f.

Endlich ergibt sich folgeweise, daß die Quelle des angestrebten Vermögensvorteiles nicht notwendig das Vermögen des Getäuschten (bzw. Vergewaltigten) zu sein braucht; btr. des § 263 s. o. N. 16, 24; btr. des § 253 so: zit. RG. E. **3** 426, Oppenh.-D. § 253 N. 7a, Katz aO. S. 436, 442; aM.: Rüb.-St. § 253 N. 11, v. Buri aO.

48) Die Absicht des Täters kann dahin gerichtet sein, den Vermögensvorteil „sich oder einem Dritten" zu verschaffen (ebenso im § 253). Es handelt sich hier offenbar um eine bloße Modalität des Tatbestandes, so daß eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) ausreicht; RG. I 2. Juli 96 E. **29** 35, Wertheimer Mischgesetze S. 57; entsprechend RG. IV 7. Apr. 05 G. **52** btr. StPO. § 264. Das fragliche Tatbestandsmoment liegt jedenfalls dann vor, wenn bei Mittätern (§ 47) die Absicht „gegenseitig auf ihren gemeinschaftl. Vorteil" gerichtet ist; München 19. Jan. 74 St. **3** 358.

Der „Dritte" (vgl. N. 16 sowie § 253 N. 8) insbs. kann auch eine zum Vermögenserwerb befähigte juristische Person sein; RG. II 19. März 80 R. **1** 495 (btr. § 253). Da aber die Erreichung des angestrebten Vorteils zur Vollendung des Betr. nicht gehört (N. 52), kann es nicht für erforderlich erachtet werden, daß der Dritte ein Rechtssubj. sei, das die Fähigkeit gerade zur Erwerbung des beabsichtigten Vermögensvorteiles besitze; so jedoch das zit. RG. R. **1** 495.

Beabsichtigte der Täter, einem „Dritten" einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so bedingt die Vollendung des Betr. sowohl wie die der Erpressg., daß der angestrebte Vorteil nicht nur für den Dritten, sondern auch für den Täter selbst ein rechtswidriger sei, da anderenfalls die Absicht des Täters dahin gehen würde, sich selbst einen nicht-rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen und diesen auf den Dritten zu übertragen; RG. IV 13. Okt. 03 E. **36** 384 (btr. § 253), Katz GS. **31** 444.

49) Für die Bedeutung der vom Gesetze erforderten „Absicht" ist es erheblich, daß dem rechtswidrigen Vermögensvorteil, den der Täter sucht, nach der N. 45_2 gegebenen Begriffsbestimmung notwendig die Vermögensbeschädigung eines anderen entsprechen muß; es gilt dieses sachlich auch für die Erpressg., obschon es im § 253 nicht den klaren Ausdruck wie im § 263 gefunden hat; so: Binding Lb. **1** 363 u. Normen **2** 561, Hälschner **2** 383, Merkel HH. 3 733, Schütze S. 456 N. 24; aM. v. Schwarze § 253 N. 12. Demnach geht dem Beschädigungsvorsatz notwendig der Bereicherungsvorsatz parallel; Merkel HH. **3** 733 N. 4 (s. jedoch u. N. 50). Das Gesetz begnügt sich aber nicht damit, den Bereicherungsvorsatz im allg. zu erfordern (so jedoch Binding aO. S. 364), sondern verlangt vielmehr „die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen", und bezeichnet damit, wie die Fassung dieses Erfordernisses neben dem Beschädigungsvorsatz ersehen läßt, eine auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Tätigkeit. Demnach muß der Wille des Täters gerade auf die Herbeiführung der Bereicherung gerichtet sein, ohne daß sie den Endzweck des Handelns zu bilden, somit das Motiv dafür zu sein braucht. So im wesentlichen RG. II 19. März 80 (btr. § 253), 1. Juli 84, R. **1** 495, **6** 493, IV 28. Sept. 86, I 12. Okt. 91 (dieses btr. § 253), III 13. Mai 95, E. **15** 9, **22** 170, **27** 217, insofern das bloße „Bewußtsein" für nicht ausreichend, der angestrebte „Zweck" dagegen für gleichgültig erklärt wird; ferner: Geyer **2** 59 (es genüge das Bewußtsein, daß der rechtsw. Vermögensvort. die Folge der Täuschung sein werde), sowie Lucas S. 123, 351, Merkel HH. **3** 772 N. 1, Frank N. VI 3, Oppenh.-D. N. 10, Simonson Vorteil S. 43 (das Bewußtsein, die Täuschung könne einen rechtsw. Vermögensvort. zur Folge haben, sei nicht genügend). Weiter geht v. Liszt

S. 471 (Abs. bedeute hier den zum Vorsatz als dem Bewußtsein der Beschädgg. durch Täuschg. hinzutretenden Beweggrund des Handelns); vgl. übrigens auch Hälschner 2 271 N. 2, 272. Als praktisches Resultat der obigen Auffassung ergibt sich der Ausschluß des sog. eventuellen Dolus (§ 59 N. 6) in bezug auf das subjektive Merkmal der Bereicherung (zit. RG. E. 27 217) und auch in Ansehung der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils (RG. III 12. Juni 02 G. 49 277 btr. § 253); denn das bloße Bewußtsein davon, daß die Täuschung die Verschaffung eines rechtsw. Vermögensvorteiles zur Folge haben könne, vermag das fragliche Tatbestandsmerkmal niemals zu erfüllen, während das Bewußtsein, es werde die Täuschung die Vermögensbeschdgg. und diese die Bereicherung des Täuschenden notwendig (müsse sie) herbeiführen, ausreichend erscheint, weil damit auch die Annahme einer auf Bereicherung gerichteten Absicht tatsächlich begründet ist.

Die Absicht eines späteren Ersatzes schließt das Vorliegen einer auf einen rechtswidrigen Vermögensvorteil gerichteten Absicht nicht aus; München 19. Jan. 74 St. 3 358.

50) Nach dem Gesetze ist erforderlich, daß die Bereicherungsabsicht im ursächlichen Zusammenhang mit der Täuschung bzw. mit der Vermögensbschdgg. stehe, denn der Täter muß die Täuschung und die dadurch verursachte Vermögensbschdgg. als die gewinnbringenden Faktoren in Bewegung setzen; die Täuschung eines anderen muß das Mittel sein, das, jener Absicht entsprechend, eine andere Person bestimmt, durch ihr Handeln dem Täuschenden oder einem Dritten, in dessen Interesse jene tätig ist, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zuzuwenden; so: RG. III 21. Dez. 81 E. 5 277, Binding Lb. 1 340, Merkel HH. 3 764, 4 434, Schütze S. 471 N. 7, Frank N. VI 3, v. Schwarze N. 2; aM.: Meves N. 13, Oppenh.-D. N. 12. Ein unmittelbarer ursächl. Zusammenhang zwischen Bereicherungsabs. und Vermögensbeschdgg. ist dagegen nicht erforderlich; RG. IV 3. Juni 90 G. 38 203; auch ist, obschon dies der Regelfall ist (Merkel S. 329), nicht notwendig, daß der gesuchte Vermögensvorteil auf der einen Seite mit der Vermögensbeschdgg. auf der anderen Seite ganz o. auch nur teilweise sich decke; so, außer Schütze u. v. Schwarze aO., RG. I 7. Apr. 81, II 24. Juni 84, R. 3 202, 6 463, III 13. Mai 95 E. 27 217, IV 23. März 88 E. 17 264, zit. G. 38 203. Dagegen fehlt dieser Zusammenhang ganz, wenn Jemand die Täuschung gegen eine Belohnung ausführt; so zit. RG. E. 5 277 (btr. Gestellung zur Strafverbüßg. anstelle des Verurteilten gg. eine Belohnung), Binding aO.; aM. dagegen das zit. RG. E. 17 264.

51) Zum Dolus des Betr. gehört endlich, wie zu dem der Erpressg. (§ 253 N. 11), das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit; fehlt dieses, so liegt, ganz abgesehen davon, daß dann auch eine auf einen rechtswidrigen Vormögensvorteil gerichtete Absicht nicht würde angenommen werden können (RMG. II 7. Jan. 03 E. 4 135, Berlin 28. Juni 76 O. 17 469), der Betrugsdolus nicht vor; so z. B. wenn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu verneinen ist, weil die stattgefundene Vorspiegelung gewisser Tatsachen für erlaubt erachtet wurde; vgl. N. 38 b.

Da der Begriff des Betr. durch die Zustimmung des am Vermögen Beschädigten in die Beschädigung aufgehoben wird (N. 27), muß folgeweise die, wenn auch unrichtige, Annahme einer solchen Zustimmung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bzw. den Dolus beseitigen; H. Meyer S. 578.

Vollendung; Versuch; Teilnahme; Einheit u. Mehrheit; Verhältnis zu anderen strafb. Hdlgen; Strafantrag; Strafsanktion; Verjährung, Zuständigkeit. N. 52—59.

52) Zur Vollendung des Betr. wird ebensowenig wie zu derjenigen der Erpressg. (§ 253 N. 9) die Erreichung des angestrebten Vermögensvorteils erfordert; RG. I 29. Apr. 86 E. 14 229. Abweichend von der Erprssg. (§ 253 N. 9 u. o. N. 40) gehört jedoch zur Vollendung des Betr. positivrechtlich der Eintritt der Bschdgg. eines fremden Vermögens; demnach ist für die Frage des vollendeten Betr. entscheidend, ob das Vermögen eines anderen in dem, dem Täter zuzurechnenden, ursächlichen Zusammenhange mit der von ihm ausgegangenen Täuschung tatsächlich beschädigt worden ist; RG. III 15. März 83 E. 8 164.

53a) Zur Abgrenzung des, im Absatz 3, für strafbar erklärten Versuchs (§ 43) von der bloßen Vorbereitungshdlg. ist erforderlich, daß wenigstens eine auf Täuschung abzielende Hdlg. in der Bereicherungsabsicht und als Mittel der Bschdgg. fremden Vermögens vorgenommen worden sei, da sonst ein „Anfang der Ausführung" nicht vorliegen würde; RG. III 28. Okt. 95 E. 28 144, IV 12. Feb. 04 G. 51 189, Hälschner 2 276, v. Liszt S. 473, Merkel HH. 3 776, Schütze S. 473, Frank N. VII, Oppenh.-D. N. 76 f. Wg. der Frage, ob in der Überversicherung eines demnächst verbrannten Gegenstandes ein Betrugsversuch liege, vgl. RG. III 7. Feb. 89 E. 19 13, I 18. Juni 94 G. 42 248.

b) Keineswegs erfordert der Versuch, daß bereits mit sämtlichen zur Vollendung notwendigen Hdlgen ein Anfang gemacht sei (§ 43 N. 14_2); Berlin 12. Okt. 76 St. 6 329. Versuch liegt deshalb insbs. vor, wenn lediglich eine auf Täuschung abzielende Hdlg. der oben N. 42_2 bezeichneten Art vorgenommen wird, jedoch:

α. sie nicht zur Täuschung führt; RG. III 17. März 80 R. 1 479 (vgl. dazu II 24. Jan. 99 E. 32 1, insbs. 4), 15. März 83 E. 8 164, so namentl. auch, wenn der, welcher betrogen werden soll, unterrichtet von der betrügerischen Absicht die Ausführungshdlgen duldet, um den Betrüger zu überführen; RG. IV 26. Jan. 86 R. 8 98;

β. zwar die Täuschung eines anderen vorliegt, jedoch der Kausalzusammenhang zwischen ihr und der Vorspiegelung ꝛc. nicht nachweisbar ist; RG. III 23. Feb. 83 E. 3 392;

γ. zwar die Täuschung eines anderen vorliegt, jedoch dadurch eine Vermögensbschdgg. nicht verursacht wurde, so namentl. deshalb nicht, weil der Getäuschte seinen Irrtum rechtzeitig erkannte; RG. III 2. Juni 80 R. 2 11, oder weil die Person, die geschädigt werden sollte, noch nicht existierte; das N. 24_2 zit. RG. E. 18 82;

dsgl. auch schon dann, wenn das auf die Täuschung gerichtete planmäßige Handeln seinen Anfang nimmt; das zu a zit. RG. E. 28 144.

c) Wegen des sog. untauglichen Versuchs gelten die allg. Grundsätze (§ 43 N. 19 ff.). Daß ein strafb. Versuch auch beim untauglichen Objekte bzw. beim Mangel eines tauglichen Objektes möglich sei, bejahen der ständigen Rechtsprechung des RG. gemäß: III 20. Dez. 83, 7. Juli 84, E. 10 11, 11 72 (ersteres insbs. selbst für den Fall, daß der Angekl. z. Z. seiner Täuschungshdlg. des vorläufigen Nichtbestehens eines Vermögensrechtes, das hätte beschädigt werden können, sich auch bewußt war, und zwar deshalb, weil man bei der Frage, ob schon eine strafbare Versuchshdlg. vorliege, auf den Standpunkt der vollendeten Tat sich zu stellen habe, bei dieser aber die Annahme eines Eventualdolus berechtigt gewesen wäre, letzteres für den Fall, daß ein objektiv nicht rechtswidriger Vermögensvorteil angestrebt wurde). Von RMG. I 26. Feb. 03 E. 4 230 wird die Möglichkt der Annahme eines Betrugsversuchs beim Mangel der Rechtswidrigkt. des angestrebten u. erreichten Vermögensvorteils verneint; vgl. auch § 253 N. 15_2. Mit Rücksicht auf das Mittel wurde in der Praxis mit Recht das Vorliegen eines Versuchs verneint, weil eine Täuschung bzw. Vermögensbschdgg. durch das gebrauchte Mittel für absolut ausgeschlossen erachtet wurde, von: RG. I 24. Jan. 99 E. 32 1, München 8. Jan. 73, 12. Feb. 74, Berlin 9. Dez. 75, St. 2 141, 3 360, 6 3, dagegen bejaht, weil nur Unzulänglichkeit der gebrauchten Mittel i. c. vorlag, von: München 17. Juli 75, Berlin 12. Okt. 76, St. 5 378, 6 329; vgl. auch RG. II 27. Sept. 04 G. 51 412, wonach ein strafb. Versuch dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Vorstellung des Angekl. von dem Eintritt einer Vermögensbschdgg. falsch u. deshalb die Vollendung seiner Hdlg. unmöglich ist.

d) Auch bezüglich des Eventualdolus greifen beim Versuch dieselben Grundsätze Platz, wie bei der vollendeten Straftat (N. 42_2, 49); danach reicht insbs. die bloße Vorstellung von der Möglichkeit einer Vermögensbschdgg. nicht aus, vielmehr muß diese auch beim Versuche gewollt sein; fehlte es daran, so würde nicht die ganze Tat mit sämtlichen Merkmalen gewollt sein, was § 43 voraussetzt; RG. II 8. Dez. 93 E. 25 5.

54) Btr. der Teilnahme gelten die allg. Grundsätze des T. I Abschn. 3. Insbs. ist zu vergleichen wegen

a. Mittäterschaft (§ 47, insbs. N. 13 ff., 18): RG. II 24. Mai 98 G. 46 328 (Mittätersch. durch Anwesenheit als Zuschauer bei einem Spiele, wodurch der zu täuschende

Mitspieler in s. irrigen Glauben bestärkt wurde, daß es um ein reelles Spiel sich handele); zutreffend hat RG. III 10. Mai 00 E. 47 295 bejaht, daß bei Herbeiführung derselben Vermögensbeschädgg. eines Dritten durch das betrüg. Handeln zweier selbständig tätiger Personen Alleintätersch. dieser anzunehmen sei;

b. Beihilfe (§ 49): Dresden 20. Sept. 75 St. 6 332 (Beih. durch wissentliche Beschaffung eines Gehilfen); vgl. auch das § 49 N. 14 zit. RG. E. 4 95.

55) Wegen fortgesetzten Betr. vgl. § 73 N. 10Ib, IIb γ, sowie RG. I 1. Feb. 97 E. 45 43 (Fortsetzung des V. der betrüg. Erschleichung einer Unfallrente durch die jedesmalige Erhebung der erschlichenen Rente).

Wegen Realkonk. (§ 74) vgl. das § 73 N. 19 IIb zit., diesseits für unrichtig erachtete Berlin G. 27 203, während RG. III 3. Dez. 88 R. 10 710 mit Recht die Annahme real konkurrierender Betrugsfälle nach der tatsächl. Feststllg. nicht für begründet ansah.

56) Das Verhältnis des Betr. zu anderen strafb. Hdlgen kommt namentl. in Betracht:

a) Zum § 137. Wegen der Möglichkeit einer Idealkonk. vgl. das. N. 9₁.

b) Zum § 138. Über die Frage, ob Idealkonk. oder bloße Gesetzeskonk. anzunehmen sei, vgl. RG. I 21. Feb. 89 E. 18 442, das übrigens die Frage unentschieden läßt; man wird für Gesetzeskonk. sich zu entscheiden haben; Binding Lb. 2 551 N. 1.

c) Zu den §§ 146 ff. Die Münzverbrechen aus den §§ 146, 147 bilden keineswegs einen spezielleren Tatbestand des Betr. (§ 146 N. 7); deshalb schließen sie auch den Tatbestand des Betr. nicht aus, können vielmehr mit ihm in Idealkonk. (§ 73) treten; so: Binding Lb. 1 365 N. 5, 2 333 f., Hälschner 2 589, H. Meyer S. 723, Thomsen GS. 30 419; aM.: Merkel HH. 3 222 f., Frank N. IX 1, Rüd.-St. § 149 N. 6, auch wohl Schütze S. 300. Dagegen kann Realkonk. (§ 74) zwischen den §§ 146 u. 263 nicht stattfinden, da die Verwirklichung der im § 146 erforderten Absicht durch ein Inverkehrbringen des gefälschten Geldes in betrüger. Absicht der Selbständigkeit entbehrt und in den Kreis des Verbr. aus § 146 fällt; so: Binding Lb. 2 334, Merkel aO. N. 15, v. Wächter S. 465, Frank § 146 N. v; aM.: Hälschner aO., Löwenstein Verbrechenskonk. S. 26 ff. (während beim Zusammentreffen mit § 147 Idealkonk. vorliege), Gerland GS. 59 168. Bezüglich des Münzvergehens aus § 148 nimmt die GM. (vgl. Binding aO.) an, daß § 148 die §§ 263 ff. ausschließe; indessen wird auch hier die Möglichkeit einer Idealkonk. mit Betr. nicht zu verneinen sein; so: H. Meyer aO., Thomsen aO. S. 422, Löwenstein aO., Gerland aO. 313 ff. u. mit Beschränkung auch Kohler Treue u. Glauben S. 27.

d) Zum § 170. Aus diesem §. ist nicht zu entnehmen, daß der Gesetzgeber die Verleitung zur Eheschließung in betrüger. Absicht (vgl. N. 44 III b) nicht habe strafen wollen, denn es enthält § 170 nur eine besondere Vorschrift für die Verletzung der immateriellen Güter und der Heiligkeit der Ehe, während es für die Verletzung der Vermögensrechte einer besonderen Vorschrift nicht bedurfte; RG. II 21. Mai 86 E. 14 137.

e) Zu den §§ 242, 246.

I) Zum § 242. Durch Verfügungen des Diebes über die gestohlenen Sachen kann eine weitere selbständige gg. das Recht des Bestohlenen gerichtete strafb. Hdlg. nicht begangen werden; vgl. RG. IV 15. Jan. 02 E. 35 65; wohl aber ist bezüglich solcher Verfügungen zum Nachteil anderer (Verkauf, Verpfändung; BGB. § 935) Betr. in Realkonk. mit dem früheren Diebst. denkbar; vgl. RG. IV 14. Dez. 86 R. 8 762.

II) Zum § 246. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

α. Hat jemand eine Sache unterschlagen, so fragt sich, ob er bezüglich derselben (in seinem Gewahrsam verbliebenen) Sache noch eines Betr. sich schuldig machen kann. Insofern die Vermögensbschdgg. lediglich in dem Verluste der Sache gefunden würde, ist die Frage zu verneinen; denn da diese Beschädigung bereits durch die Unterschl. bewirkt wird, fehlt der erforderliche Kausalzusammenhang (N. 25) zwischen der Beschdgg. u. der Irrtumserregung; RG. II 22. Nov. 81, 14. Nov. 93, E. 5 252, 24 408. Anders wenn nach Lage der Sache eine Vermögensbschdgg. in der vereitelten Wiedererlangung der Sache, auf die ein Rechtsanspruch besteht, gefunden werden kann (N. 47). Alsdann ergibt sich die Möglichkeit einer Realkonk. (§ 74), so gut, wie im Verhältnisse der schweren Urkundenfälschg.

(§ 268) zur Unterschl., u. zwar selbst dann, wenn der Entschluß zur Begehung beider Vergehen gleichzeitig gefaßt ist; alle Hdlgen freilich, die seitens des Unterschlagenden mit der unterschl. Sache selbst vorgenommen werden, sind als durch den Tatbestand der Unterschl. konsumiert zu erachten, nicht jedoch diejenigen Hdlgen, die auf Abwehr eines durch Wiederentziehung der Sache entstehenden Vermögensschadens abzielen; so RG. IV 3. Juni 90, I 2. Apr. 03 G. 38 202, 50 273 (bedenklich dagegen Meves das. S. 203 N. 2 sowie Kohler Treue u. Glauben S. 54).

β) Fraglich ist ferner, ob umgekehrt jemand an einer Sache, die er durch Betr. erlangt hat, demnächst noch eine Unterschl. begehen kann. Dies muß ausgeschlossen erscheinen, wenn es bei der die Erlangung der Sache verursachenden Täuschung von vornherein auf die Substanz der Sache abgesehen war; denn alsdann hat der Dolus des Täters hinsichtlich der Sache sich erschöpft, so daß unmöglich der Wille des Betrügers nochmals auf Zueignung der in seinem Besitze verbliebenen Sache sich richten kann (§ 246 N. 9); vgl. auch RG. I 18. Dez. 02 G. 50 121, in dem aus gleichen Erwägungen Realkonk. zw. § 263 u. § 274² bei nachfolgender Vernichtung einer durch Betr. erlangten Urk. für ausgeschlossen erachtet wird. Anders aber, wenn es dem Täuschenden zunächst nur um die Erlangung des Besitzes der Sache zu tun war, so daß nicht diese ihrer Substanz nach, sondern lediglich ihr Besitz als solcher, d. h. als selbständiger Vermögenswert, das Objekt des Betr. bildete (N. 29); H. Meyer S. 576. War nur ein solcher Betr. verübt worden, was tatsächlicher Beurteilung unterliegt, so kann demnächst der Vorsatz des die Sache besitzenden Betrügers auf deren Zueignung ihrer Substanz nach sich richten und bleibt somit unter dieser Voraussetzung die Möglichkeit einer nachfolgenden Unterschl. und zwar in Realkonk. (§ 74) mit dem Betr.; RG. II 26. Apr. 87 E. 15 426, Frank N. IX 2. Während Kapff Unterschl. S. 73 hier lediglich Betr. annimmt, wird die gewöhnlich so gestellte Frage, ob die Erlangung des Besitzes einer Sache durch Täuschung behufs deren Aneignung als selbständiges Delikt strafbar sei, von Hälschner 2 269, Merkel HH. 3 697, 764 u. Betrug S. 195 sowie von Gryziecki Betrug S. 113 verneint, weil die Bedeutung der vorbereitenden Hdlg. durch die nachfolgende Unterschl. aufgezehrt werde; im Ergebnisse ebenso v. Bar GS. 40 492 (weil der Täuschende keine juristische, sondern nur eine faktische Verfügung erlangt habe). Einen völlig abweichenden Standpunkt nimmt Binding Hb. 1 363 u. Lb. 1 355, 365 N. 5 insofern ein, als er den Betr. überhaupt erst da beginnen läßt, wo Diebst. bzw. Unterschl. nicht vorliegen, so daß das durch Täuschung begangene Eigentumsverbr. kein Betr. sei.

f) Zum § 253. Von der Erpressung unterscheidet der Betr. sich durch das Mittel der Vermögensbschdgg. sowie durch das Erfordernis ihres Eintritts zur Vollendung (§ 253 N. 2, 8—10 u. oben N. 52), während andererseits über die innere Verwandtschaft beider Delikte zu vergleichen sind o. N. 42, 48, 51. Eine Idealkonk. (§ 73) zwischen beiden Delikten ist, zumal beim bloßen Versuch, denkbar, wenn auch die Täuschungen, die nur den Eindruck der Drohung zu verstärken bestimmt sind, indem sie diese namentl. als eine ernstlich gemeinte o. als eine ausführbare hinstellen sollen, als wesentliche Teile der Drohung für den Betr. nicht verwertbar sind; es können aber neben den durch Drohung hervorgerufenen Vorstellungen geflissentliche Irrtumserregungen über anderweite Tatsachen mitwirksam werden; RG. III 17. März 90 E. 20 326, III 27. Feb. 90, IV 4. März 04, G. 38 54, 51 194; im Falle einer Idealkonk. ist die Strafe wg. der kumulativ zugelassenen Geldstr. aus § 263 zu bemessen (§ 73 N. 29 I b α 1); zit. RG. G. 38 54; aM. Binding Lb. 1 373, Idealkonk. finde nicht statt, vielmehr sei die Tat nach ihrer schwersten Form lediglich aus § 253 strafbar.

g) Zum § 265; s. das. N. 6 sowie o. N. 1.

h) Zu den nachfolgenden §§ 266 (das. N. 16 a γ), 267 ff. (vgl. §§ 268 N. 9 b, 269 N. 6), 274 (das. N. 14 cc u. das o. e II β zit. RG. G. 50 121), 350 (das. N. 6 b), 352 (das. N. 7), 353 (das. N. 6 a), 361⁴ (s. o. N. 38 a), 363 (das. N. 1, 6 b), 364₂ (das. N. 3), 367⁷ (das. N. h α), 369² (das. N. b).

i) Zur GewerbeO. § 148⁸. Vgl.: Dresden 24. Nov. 73 St. 3 357, Berlin 23. Mai 79

D. **20** 278, die wissentl. Überschreitung einer von der Obrigkeit vorgeschriebenen o. genehmigten Taxe, z. B. einer Arznei- o. Zinstaxe, erfülle für sich allein den Tatbestand des Betr. nicht.

k) Zum Nahrungsmittel G. § 10[1, 2]. Ein Ausschluß der allg. Bestimmungen des Betr. findet keineswegs statt, vielmehr ist Idealkonk. möglich, wobei die Strafe aus § 263 zu bemessen, somit die Veröffentlichung der Verurteilung nach § 16 Nahrungsmittel G. ausgeschlossen ist (**RG**. III 3. März 84, I 26. Jan. 88, R. **6** 166, **10** 66, 2. Juli 96 E. **29** 35), bzw. fortgesetztes Delikt (§ 73 N. 10 l b), nicht aber mit dem Verg. aus § 10[1] Realkonk. (§ 74), wenn die Fälschung nur erfolgte, um Betr. zu verüben; **RG**. I 29. Sept. 83 R. **5** 555, III 11. Dez. 84 E. **11** 355.

l) Zum JABG. § 142 (InvBG. § 157): **RG**. IV 18. Okt. 95 E. **27** 391, § 148[1] (neues G. § 181[1]): **RG**. III 8. Apr. 97 E. **30** 86.

m) Zum KrankVG. §§ 81 u. 82b. Vgl. **RG**. IV 26. Nov. 95, I 15. Feb. 00, E. **28** 5, **33** 342.

n) Im übrigen ist o. Abschn. 22 N. 2 u. 3 hinsichtlich derj. Fälle zu vergl., wo die Regelung einer Materie bzw. EG. § 2 in Frage kommt (insbs. wegen Defrauden).

57) Der Betr. ist ausweislich des Abs. 4 ein relatives Antragsdelikt (§ 61 N. 8), da seine Verfolgung nicht in allen Fällen, sondern nur bei gewissen persönl. Beziehungen des Täters (vgl. jedoch § 61 N. 8_2) zu demjenigen, gegen den der Betr. verübt worden, von einem Strafantrag abhängig ist, nämlich dann, wenn der Betr. „gegen Angehörige (§ 52_2), Vormünder (§ 34 N. 7a) oder Erzieher (§ 174 N. 14b, insbs. β) begangen" wurde.

Ein Betr. wird aber „gegen" den begangen (§ 61 N. 10 ff.), der die Vermögensbeschbgg. (o. N. 18 ff., 28—37) erlitten hat, bzw. im Falle des Versuchs bei Vollendung des Betr. erlitten haben würde (§ 61 N. 12b). Demgemäß ist der Betr. ein Antragsdelikt, wenn ein Angehöriger, Vormund oder Erzieher des Betrügers die Vermögensbschdgg. erlitt, und lediglich der so unmittelbar beschädigte Angehörige 2c. ist der antragsberechtigte Verletzte, nicht etwa auch der von ihm vielleicht verschiedene Getäuschte (N. 16); so die GM., insbs. ROHG. 7. Feb. 73 Entsch. **9** 149. Bei in GG. (des PrALR.) lebenden Eheleuten ist durch betrügerische Verkürzung des Erbteils der Frau aber auch der Ehemann in seinem Vermögen beschädigt, u. zwar nach dem Grundsatz der Unwandelbarkeit des ehel. Güterrechts selbst dann, wenn die Eheleute inzwischen ausgewandert sind, sofern nicht in dem neuen Heimatstaat jenem Grundsatz ein verbietendes Gesetz entgegensteht; **RG**. IV 1. Mai 00 E. **33** 256.

Die Auffassung, daß auch die Begünstigung eines Betr. bei obwaltenden gleichen persönl. Beziehungen zwischen Begünstiger und Betrogenem ein Antragsdel. sei, ist nach den Ausführungen § 257 N. 49—52 unbegründet; die weit verbreitete gegenteilige Ansicht wird, wie früher auch Merkel HH. **3** 778 N. 2 annahm, durch die Fassung des § 263_4 nicht nur nicht unterstützt, sondern widerlegt.

Die Zurücknahme des Antrages, auf die übrigens § 64 (das. N. 1a) Anwendung findet, ist unbedingt statthaft.

Der im § 247_3 ausgesprochene Grundsatz findet nach der Ausführung das. N. 14_1, soweit er das Antragserfordernis im Auge hat, auch im Falle des § 263 Anwendung; **RG**. II 28. Mai 90 G. **38** 194, Binding Hb. **1** 222, Grundr. S. 87 u. Lb. **1** 340 (dieser u. ebenso Frank. N. VIII „nach Analogie"; vgl. § 2 N. 4_2), Geyer **1** 211, **2** 60, Merkel HH. **3** 778, Schütze S. 474 N. 14, Oppenh.-D. N. 79, v. Schwarze N. 34, Reber Antragsdel. S. 270.

58a) Für die Bestrafung des vollendeten Betr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstr. ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27), während als Nebenstr. nach Abs. 1 i. V. mit § 32 VbER. erkannt werden kann. Im Falle mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13b ff., insbs. 16, 17) ist die Geldstr. auch als alleinige Hauptstr. zugelassen, jedoch nicht etwa „an erster Stelle" angedroht (§ 28 N. 6b).

b) Der Versuch (N. 53) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen. Auf Geldstr. darf auch im Falle des Ausschlusses mild. Umst. erkannt werden; **RG**. II 14. Mai 89 E. **19** 234.

59) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Tage der Vornahme der Täuschungshandlung, ohne Rücksicht auf den Eintritt der Vermögensbschdgg.; vgl. das § 67 N. 9, zit. **RG. S. 51** 350.

Zuständig ist, wenn der Schaden 150 M. nicht übersteigt, **SchöffenG.**, sonst, insbs. in den Fällen, wo der Schaden nicht festgestellt werden kann (namentl. im Falle des Versuchs; § 44 N. 12), **Strafk. bzw. SchöffenG.**; GVG. §§ 27[6] (G. v. 5. Juni 05), §§ 73[1], 75[10].

§. 264.

Wer im Inlande wegen Betruges einmal und wegen darauf begangenen Betruges zum zweiten Male bestraft worden ist, wird wegen abermals begangenen Betruges mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein, neben welcher zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

Die im §. 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 259.

1) Die Rückfälligkeit beim Betr. tritt wesentlich unter denselben Voraussetzungen ein wie die beim Diebst. auf Grund der §§ 244, 245, deren Noten zu vergleichen sind; es müssen jedoch beide Vorbestrafungen gleichfalls wegen „Betruges" erfolgt sein; eine Vorbestrafung wegen „Versicherungsbetruges" aus § 265 (vgl. das. N. 6,) genügt nicht; vgl. aber § 73 N. 24b, insbs. das dort zit., § 264 btr., **RG. E. 18** 193. Im übrigen vgl wegen der mit § 261 übereinstimmenden Fassung das. N. 1,.

2) Der im wiederholten Rückfalle verübte Betr. erfordert zu seiner Verfolgung niemals einen Strafantrag; eine Ausdehnung der im § 263_4 gegebenen Vorschrift auf den § 264 würde der ganzen Redaktionsweise des StGB. widersprechen; vgl. einerseits § 123_2 (das. N. 21), andererseits § 247 (das. N. 1,), der seiner Stellung nach auch mit auf den Diebst. im wiederholten Rückfalle sich bezieht. So: Rüd.-St. N. 5, Reber Antragsdel. S. 271. AM.: Frank N. 11, Meves N. 1, Oppenh.-D. § 263 N. 78.

3a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt folgendes: Die ordentliche Hauptstr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14,) und damit verbunden Geldstr. von 150—6000 M. (§ 27 N. 4), die im Abs. 2 für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstrafe Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16) u. daneben fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Als Nebenstr. ist VbER. nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. zulässig.

b) Der Versuch (§ 43_1 u. § 263 N. 53) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73[7].

§. 265.

Wer in betrügerischer Absicht eine gegen Feuersgefahr versicherte Sache in Brand setzt, oder ein Schiff, welches als solches oder in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn versichert ist, sinken oder stranden macht, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

PrStGB. §§ 244, 245. Entw. I §§ 288, 307, II § 260.

1) Der sog. Versicherungsbetrug umfaßt zwei kumulative Mischtatbestände; Wertheimer Mischgesetze S. 57. Deren ersterer (der sog. Brandversicherungsbetr.) erfordert:

a) Als Objekt eine „gegen Feuersgefahr versicherte Sache", ohne Beschränkung auf die in den §§ 306, 308 aufgeführten Sachen und gleichgültig ob eine bewegliche o. unbewegliche, so daß unter jener — bei einer Versicherung gegen Seegefahr nach HGB. § 820 Nr. 1 von selbst sich erfüllenden — Voraussetzung auch ein „Schiff" bzw. eine „Schiffsladung" (N. 2) ein geeignetes Objekt sein kann; Meves StrZ. 13 406, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 62. Als „versichert" ist eine Sache anzusehen, sobald ein formell gültiger Versicherungsvertrag über sie abgeschlossen ist; auf die materielle Gültigkeit des Vertrages, über die oft die schwierigsten zivilprozessual. Verhandlungen gepflogen werden, kann es unmöglich ankommen; so: Binding Lb. 1 368, Oppenh.-D. N. 9; aM. v. Speßhardt aO. S. 39, der Vertrag müsse derartig gültig sein, daß daraus im Falle kasuellen Brandschadens ein Rechtsanspruch des Versicherten gegen den Versicherer ev. wirklich erwachse; ebenso Frank N. II.

b) Als Handlung ein „Inbrandsetzen"; vgl. §§ 306 N. 2, 311 N. 1b sowie Binding aO. Ob der durch die Inbrandsetzung notwendig verursachte Schaden so bedeutend ist, daß er nach dem maßgebenden Versicherungsvertrage an sich als ein Feuerschaden zu ersetzen wäre, erscheint gleichgültig; ist solches nicht der Fall, so erreicht der Täter zwar seinen mit der Hdlg. verfolgten Zweck nicht, allein trotzdem ist die Tat mit der Inbrandsetzung vollendet (N. 5); so v. Speßhardt aO. S. 44; aM. btr. PrStGB. § 244 Goltd. Mat. 2 558. Obschon die Hdlg. in einer „Inbrandsetzung" besteht, so ist doch nicht anzunehmen, daß § 254 (das. N. 2b) mit „Brandstiftung" auch den Brandversicherungsbetr. im Auge habe, da die Brandstftg. augenscheinlich nur als gemeingefährl. Verbr. gedacht und deshalb zusammen mit der „Verursachung einer Überschwemmung" erwähnt ist; v. Speßhardt aO. S. 38 N. 59.

2) Der zweite der Mischtatbestände (der sog. Seeversicherungsbetr.) erfordert:

a) Als Objekt ein „Schiff", welches „als solches" oder „in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn" versichert (N. 1a) ist, d. h. nach der Ausdrucksweise des HGB. § 779, wenn die „Fracht" oder die „Güter" des Schiffes versichert sind, während andere Gegenstände der Seeversicherung unberücksichtigt bleiben; so: Meves StrZ. 13 406, Perels Allg. D. Seer. S. 162; aM. Oppenh.-D. N. 8, auch „Überfahrtsgelder" als zum Frachtlohn gehörend, seien hierher zu rechnen. Sowohl wegen der für diesen Mischtatbestand in Betracht kommenden Hdlg. (b) als auch mit Rücksicht auf den ersteren Mischtatbestand (N. 1) ist anzunehmen, daß das Gesetz hier nur eine Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt in Gemäßheit des HGB. §§ 778 ff., 820 oder gegen die der Flußschiffahrt in Gemäßheit der Landesgesetzgebungen im Auge habe, nicht jedoch eine spezielle Versicherung nur gegen Feuersgefahr. Falls aber „ein Schiff", sei es als solches oder in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn, gegen die Gefahren der Schiffahrt versichert ist, so wird man es ohne Rücksicht auf seine Größe, namentl. auch dann, wenn es im gewöhnlichen Leben nur als „Kahn, Gondel ꝛc." bezeichnet werden sollte, für ein geeignetes Objekt des Verbr. aus § 265 ansehen müssen, da der letztere auf dem Gedanken des Schutzes der Rechte des Versicherers beruht; „Schiff" ist daher im weitesten S. als ein auf dem Wasser zu benutzendes Fahrzeug zu verstehen (vgl. übrigens §§ 305, 306, 322, 323 N. 2_2); Meves aO. S. 401, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 53 N. 85.

b) Als Handlung ein „sinken oder stranden machen"; vgl. § 323, woselbst von „Bewirkung des Sinkens o. Strandens" in gleichem S. gesprochen wird; so v. Speßhardt aO. S. 55 f., der mit Recht, ebenso wie Ostern Alternativität S. 157 u. Wertheimer Mischgesetze S. 57, auch eine alternative Feststellung für zulässig erachtet, da es um bloße Modalitäten des Tatbestandes sich handelt (§ 47 N. 29).

3) Die an erster Stelle hervorgehobene, beiden Mischtatbeständen gemeinsame, „betrügerische Absicht" macht sofort den Zusammenhang des Verbr. aus § 265 mit dem Betr. ersichtlich. Denn durch jenen zweifellos auf § 263 sich zurückbeziehenden Ausdruck kann im allg. nur „die Absicht, sich oder einen Dritten durch das Mittel der Täuschung rechtswidrig zu bereichern", bezeichnet werden, so daß hiernach der gleiche Dolus wie beim Betr.

(§ 263 N. 42) erfordert zu werden scheint. Berücksichtigt man jedoch, daß das Angriffsobjekt im Falle des § 265 stets eine „versicherte" Sache ist, daß ferner die Motive zum Entw. II § 260 dahin sich auslassen: „Unter der betrügerischen Absicht ist die Absicht zu verstehen, die Versicherungssumme für sich oder einen anderen rechtswidrig zu gewinnen. War die Absicht nicht darauf gerichtet, so findet der § 260 keine Anwendung.", daß ferner die hervorgehobenen Worte bei der Redaktion des entsprechenden § 244 des PrStGB. in gleicher Weise verstanden (Goltd. Mat. 2 556) und demnächst auch ausgelegt wurden (Oppenh. PrStGB. § 244 N. 3), so ist die Annahme begründet, daß die „betrügerische Absicht" im Falle des § 265 derartig spezialisiert sein müsse, wie die Motive angeben, d. h. die Absicht muß dahin gehen, die Versicherungssumme durch Betr. zu gewinnen; so die GM., insbs. RG. IV 9. Dez. 92 E. 23 352; unnötig wendet sich deshalb, da der Nachdruck hierauf und nicht auf „rechtswidrig" ruht, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 32 gegen diese Auffassung mit der Bemerkung, daß die Versicherungssumme „rechtswidrig" auch auf viele andere Arten als durch Betr. erlangt werden könne. Es sind sonach die Fälle, in denen die „betrügerische Absicht" nicht auf die Versicherungssumme, sondern z. B. auf die Erlangung der Prämie „für die erste geleistete Hilfe" gerichtet war, dem § 265 nicht zu unterstellen; Hälschner 2 278 N. 2, v. Liszt S. 474, v. Speßhardt aO. S. 33.

Hiernach kommt insbs. auch dem Worte „Absicht" dieselbe Bedeutung zu wie im § 263 (das. N. 49); richtig deshalb v. Speßhardt aO. S. 30 f., die Absicht sei der verbrech. Wille gerichtet auf ein durch die vorsätzl. Hdlg. zu erreichendes Ziel, unter Vorstellung der Kausalität dieser Hdlg.

4) Täter braucht, wie die GM. mit Recht annimmt, nicht notwendig der Eigentümer der versicherten Sache zu sein. Auch nötigt die Auffassung der „betrügerischen Absicht" in dem in N. 3 erläuterten Sinne nicht zu der Annahme, daß nur der Versicherte selbst Subjekt des Verbr. sein könne; es kann vielmehr auch ein Dritter die Versicherungssumme dem Versicherten („einem anderen") o. dessen Rechtsnachfolger (der er möglicherweise selbst sein kann) zuwenden wollen; so: RG. IV 9. Dez. 92, I 30. Jan. 93, E. 23 352, 426, H. Meyer S. 250 N. 11, 587, v. Liszt S. 474 N. 1, Frank N. IV, Kohler Studien I 130; aM. v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 34, auch wohl Geyer 2 60 u. Hälschner 2 278, während Binding Lb. I 368 eine Mittelmeinung vertritt.

5) Ein Versuch des Versicherungsbetr. ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil letzterer im wesentlichen eine Vorbereitungshdlg. zum Betr. ist (N. 6 u. § 43 N. 28); so: Binding Lb. I 368, Geyer 2 60, Merkel HRL. „Betrug" u. HH. 3 781, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 50. So liegt ein Versuch z. B. dann vor, wenn nicht die versicherte Sache selbst, sondern nur andere Gegenstände, die jene erst entzünden sollten, in Brand gesetzt wurden. Unrichtigerweise scheint jedoch Meves, StrZ. 13 407, nur Versuch anzunehmen, „wenn die Hdlg. ihren Zweck, die Erlangung der Versicherungssumme, nicht erreicht"; denn dieser Umstand gehört nicht zum Tatbestande des Verbr. und Vollendung tritt ein auch ohne Erreichung des Zwecks, ja selbst ohne daß der Täter die Forderung der Versicherungssumme unternimmt; Hälschner 2 278.

6) Was das Verhältnis des Verbr. aus § 265 zum Betruge anbetrifft, so sah zwar das PrStGB. § 245 den sog. Versicherungsbetr. als einen Fall des wirklichen Betr. an; allein diese Auffassung ist unbegründet; mit Recht sieht die GM. in dem Verbr. aus § 265 ein eigentümliches Delikt, das als Vorbereitungshdlg. zum Betr. sich darstellt; denn von anderen mehr oder minder zweifelhaften Punkten abgesehen, liegt in der vom § 265 geforderten Hdlg. (N. 1b, 2b) keineswegs schon eine Täuschungshdlg. (§ 263 N. 42); es enthält z. B. die in der Absicht, die Versicherungssumme zu erlangen, unternommene Inbrandsetzung eines versicherten Hauses an sich weder die Unterdrückung noch die Entstellung einer wahren Tatsache; vielmehr bildet die Inbrandsetzung nur die Vorbereitung dazu, um mit Rücksicht auf diese demnächst durch Unterdrückung einer wahren Tatsache die Täuschung eines Dritten zu verursachen; keineswegs also besteht das Wesen des Verbr. aus § 265 darin, daß — abgesehen von der Spezialisierung der betrüger. Absicht (N. 3) — schon ein Versuch des Betr. als vollendetes Verbr. behandelt wird.

Man darf deshalb weder aus der Stellung des § 265 im Abschn. 22, noch daraus, daß das Verbr. aus § 265 zusammen mit dem eigentlichen Betr. dem Verg. der Untreue gegenübergestellt ist (§ 263 N. 1), noch endlich aus der nichttechnischen und nach obigem nicht gerechtfertigten Bezeichnung des Verbr. als „Versicherungsbetrug" unrichtige Folgerungen ziehen; so ist insbs. niemals ein Strafantrag erforderlich (Merkel HRl. „Betrug", Frank N. 1, Oppenh.-D. § 263 N. 78, Reber Antragsdel. S. 271, v. Speßhardt Versicherungsbetr. S. 26), noch ist er geeignet, den Rückfall aus § 264 zu begründen (so: v. Liszt S. 474, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, v. Speßhardt aO.; aM. Binding Lb. 1 369 N. 5 bei prinzipiell abweichender Ansicht; s. folgenden Abs.).

Kommt hiernach dem Versicherungsbetr. die Bedeutung eines eigentümlichen Deliktes zu, so kann er sowohl mit einer vorhergehenden, landesgesetzlich strafb., nicht-betrügerischen Überversicherung (Abschn. 22 N. 3c) als auch mit einem nachfolgenden Betruge bzw. Betrugsversuche (durch Aufstellung einer zu hohen Entschädigungssumme) in Realkonk. (§ 74) treten; so: RG. II 21. Jan. 88, IV 9. Dez. 92, E. 17 62, 23 352, IV 11. Juli 90 G. 38 345, H. Meyer S. 588, Rüd.-St. N. 4, v. Speßhardt aO. S. 70; aM. einerseits: Binding Lb. 1 369, v. Liszt S. 474 (241), Geyer 2 61, Hälschner 2 279, Merkel HH. 3 381, u. Frank N. 1, nach denen jene Hdlgen in dem Verbr. aus § 265 aufgehen, andererseits v. Schwarze N. 5, der „ein fortgesetztes Verbr. oder selbst nur die fortschreitende Ausführung einer und derselben verbrech. Unternehmung" annimmt.

Im übrigen sind zu vergleichen wegen des Verhältnisses des Versicherungsbetr. zu den gemeingefährlichen Verbr. der Brandstiftung: §§ 306 N. 12b, 307 N. 9, 308 N. 9a, 323 N. 7.

7a) Für die Bestrafung des vollendeten Verbr. gilt Folgendes: Die ordentliche Hauptstr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2) und damit verbunden Geldstr. von 150—6000 M., die im Abs. 2 für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängnis von 6 Mt.—5 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Als Nebenstr. ist VbER. nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. zulässig.

b) Der Versuch (N. 5) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Wegen der Frage, ob Strafaufhebung eintreten könne, vgl. § 310 N. 1a.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Tage der Vornahme der Hdlg., nicht erst mit dem Eintritt des Erfolges, insbs. dem Sinken 2c. des Schiffes (§ 67 N. 9).

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^3, 136^1.

§. 266.

Wegen Untreue werden mit Gefängniß, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:

1) Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;

2) Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben verfügen;

3) Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachtheiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Wird die Untreue begangen, um sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnißstrafe auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

PrStGB. § 246. Entw. I § 240, II § 261.

MStGO. § 341; HilfskG. (Fassung v. 1. Juni 1884) § 34; GewUVG. § 45; LwUVG. § 47; BauUVG. § 14; SeeUVG. § 45; InvVG. § 93; KrankVG. § 42_3; HypBankG. § 36.

Zu § 266 Absatz 1 N. 1—13. — Objektiver Tatbestand im allg. N. 1, 2.

1) Im § 266 wird „unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Treu und Glauben" (Motive) das mit dem Betr. in näherer Verwandtschaft nicht stehende Verg. der „Untreue" behandelt, dem für die Verhältnisse des Privatrechts eine ähnliche Bedeutung zukommt wie dem § 92[2] für diejenigen des öffentlichen Rechts; **RG.** III 28. Jan. 80 **E. 1** 172.

Es gibt aber kein einheitliches Verg. der Untreue, sd. nur mehrere selbständige Fälle solcher, so daß § 266, soweit seine verschiedenen Nummern in Frage stehen, ein kumulatives Mischgesetz enthält, während allerdings jede Nr. in sich alternative Mischtatbestände (§ 47 N. 29 sowie u. N. 4) umfaßt; Wertheimer Mischgesetze S. 57 f.

2a) Den Nr. 1—3 ist gemeinsam, daß jemand, der kraft privat- oder öffentlichrechtl. Verpflichtung für fremde Vermögensinteressen zu sorgen hat, „absichtlich zum Nachteile" derselben handelt (so wörtlich in Nr. 1, 2, dem Sinne nach in Nr. 3). Wenn auch „Nachteil", wie sein Gegensatz „Vorteil" (§ 263 N. 43), an sich eine weitere Bedeutung hat, so ist doch hier unter „Nachteil" lediglich ein Vermögensnachteil zu verstehen, gerade wie mit den „Vorteilen des V. o. V." im § 257 (das. N. 31) nur Vermögensvorteile bezeichnet werden. Ein Zweifel ist in dieser Beziehung überhaupt nur insoweit begründet, als nach Nr. 1 ein Handeln „absichtlich zum Nachteil der zur Aufsicht anvertrauten Personen" in Frage kommt; allein, daß Hdlgen solcher Art, wie z. B. die absichtliche Unterbringung eines Mündels in eine schlechte Familie, um es moralisch zu ruinieren, nicht unter die Nr. 1 fallen, ergibt sich daraus, daß ein solches Delikt wegen seines innerlich ganz verschiedenen Charakters unmöglich mit den übrigen Fällen der Untreue mitten unter den Vermögensdelikten hätte abgehandelt werden können. So die GM., insbs. **RG.** III 28. Apr. 87 **E. 16** 77, II 17. Jan. 88, 21. Feb. 93, **R. 10** 37, **E. 23** 430, I 20. Feb. 95 **E. 27** 39. AM.: H. Meyer S. 632 (btr. Nr. 1, 3), Rubo N. 4 (btr. Nr. 1—3), Ammon Untreue S. 44 ff. Wegen Handelns „zum Nachteil von Sachen" vgl. **RG.** IV 8. Nov. 92 **E. 23** 280 (bloße Veruntreuung von Mietszinsen enthalte keine Benachteiligg. des verwalteten Hauses).

b) Zur Vollendung des Tatbestandes der Untr. gehört die wirkliche Herbeiführung eines „Nachteils"; ohne Eintritt eines solchen würde sonach höchstens ein — strafloser (§ 43_2) — Versuch vorliegen; so die GM., insbs. **RG.** zit. **E. 16** 77, IV 10. Juli 88 **E. 36** 400. Aus dem zu a Bemerkten ergibt sich auch notwendig, daß der herbeigeführte Nachteil ein „Vermögensnachteil" sein muß, was bezüglich der Nr. 3 überdies durch die Fassung des mit „wenn" beginnenden Zwischensatzes, der nur von einer Benachteiligung durch die Täter „bei den ihnen übertragenen Geschäften" spricht, völlig klar gestellt wird; so: zitt. **RG. E. 16** 77, **E. 36** 400, Geyer **2** 62, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 2, 7; aM. Ammon aO. 47 ff., 59, der die aus der Fassung des Zwischensatzes gezogenen Folgerungen als unverständlich erachtet, im übrigen aber btr. der Nr. 3 den Eintritt des Schadens ebenfalls zur Vollendung erfordert.

c) Die Herbeiführung eines Vermögensnachteils ist gleichbedeutend mit „Vermögensbeschädigung" i. S. des § 263 (so auch **RG.** III 20. Sept. 86 **E. 14** 401), weshalb der Vermögensnachteil, wie beim Betr., auch in einer Gefährdung gefunden werden kann, freilich nur dann, wenn sie bereits eine nachteilige Veränderung des gegenwärtigen Vermögenszustandes enthält (vgl. § 263 N. 18_4, 20); zitt. **RG. E. 16** 77, **E. 36** 400 sowie das zu d zit. **E. 46** 449 (btr. Hintertreibung der Sicherheitslstg. für die Forderung gg. den Vormund). Aus demselben Grunde sind, wie nach **RG.** VStS. 20. Apr. 87 **E. 16** 1 beim Betr., auch hier die individuellen Verhältnisse in Betracht zu ziehen (§ 263 N. 22_2);

RG. I 6. Juni 96 E. 44 149, das „Handeln zum Nachteil" annahm beim Verkauf von Waren aus dem Geschäfte des Vormundes an den Mündel weit über dessen Bedürfnis hinaus. Zwischen einem wirklichen Schaden und entgangenen Gewinn wird hier sowenig wie im § 263 (das. N. 19) unterschieden; zit. RG. E. 36 400. Auch braucht der Vermögensnachteil, den eine nachträgliche Ausgleichung nicht ungeschehen machen kann, kein dauernder zu sein (§ 263 N. 23); RG. zit. E. 36 400, I 26. Jan. 80, 21. März 89, R. 1 273, E. 19 80. Im übrigen sind wegen des entsprechenden Begriffes der Vermögensbschdgg. beim Betr. zu vgl. die N. 18 ff. zum § 263 und insbs. die N. 23, 30 II a, 36 I b wegen solcher Entscheidungen, die § 266 betreffen.

d) Darüber, in welcher Weise der Vermögensnachteil herbeigeführt sein müsse, sagt das Gesetz nichts; es genügt daher an sich jede durch welcherlei Weise immer veranlaßte ungünstigere Gestaltung der Vermögenslage (wegen der Nr. 2 vgl. N. 9), z. B. seitens des Vormundes eines außerehel. Kindes durch erfolgreiche Erteilung des Rates an den außerehel. Vater, die bis dahin freiwillig geleisteten Unterhaltszahlungen einzustellen; RG. IV 2. Okt. 03 E. 51 44. Deshalb namentl. auch eine durch eine pflichtwidrige Unterlassung (T. I Abschn. 3 N. 3) herbeigeführte; zit. RG. E. 36 400 (btr. Unterlssg. der rechtzeitigen verzinslichen Anlegung von Mündelgeldern durch den Vormund), I 24. Juni 97 E. 30 191 (btr. Verschweigen der Wahrheit seitens des Vormundes eines unehel. Kindes über die eigene Vaterschaft zu demselben), IV 18. Nov. 98 E. 46 449 (btr. Nichtaufnahme einer gg. den Vormund selbst zustehenden Forderung in das Nachlaßverzeichnis) sowie III 23. Nov. 85 R. 7 692, das jedoch mit Recht ausführt, es sei lediglich die Vornahme der schädigenden Hdlg. unter Strafe gestellt, nicht aber die Schaffung und Aufrechterhaltung des schädigenden Zustandes, so daß das Delikt, da es mit der Vornahme der schädigenden Hdlg. sich erschöpfe, durch Unterlassung der Beseitigung des als Folge der Hdlg. eingetretenen schädigenden Zustandes nicht fortgesetzt werden könne, ein für die Frage der Verjährung (§ 67 N. 14a) wichtiger Umstand.

Zu Absatz 1 Nr. 1. N. 3, 4.

3) Subjekt des Verg. ist im Falle der Nr. 1 eine Person, deren „Aufsicht Personen oder Sachen anvertraut" sind. Die „Aufsicht" ist, was die „Vollstrecker letztwilliger Verfügungen", Testamentsvollstrecker i. S. des BGB. § 2197, betrifft, privatrechtl. Natur (Dresden 23. Juni 75 St. 6 6), im übrigen handelt es sich jedoch um gesetzlich begründete öffentl.-rechtl. Verpflichtungen, mag deren Wirkung auch auf das Gebiet des Privatrechts sich erstrecken; vgl. RG. FS. 28. Aug. 84 (btr. den Aftererbpfleger des BadLR.), IV 30. Apr. 89 (btr. den Liquidator einer in Konkurs geratenen Genossenschaft), 7. Apr. 03, II 28. Sept. 94 (dieses btr. Konkursverwalter), E. 11 244, 19 184, 24 108, 26 106.

Die Aufsicht über „Personen" muß, nach dem N. 2 Bemerkten jedenfalls derartig sein, daß sie die Möglichkeit zur Beschädigung des Beaufsichtigten am Vermögen gewährt. Die Aufsicht über „Sachen" ist nicht bloß von einer solchen über körperliche Gegenstände, sondern abweichend vom gewöhnlichen Sprachgebrauche des StGB. (vgl. § 137 N. 1) von einer solchen über Vermögensgegenstände jeglicher Art zu verstehen; v. Liszt S. 458. Im übrigen aber bildet es weder nach dem Wortlaute noch nach dem Zwecke des Gesetzes ein Tatbestandsmerkmal, daß eine eigentliche Vermögensverwaltung zu den Obliegenheiten des Täters gehöre; zit. RG. E. 11 244.

Wegen „Anvertrauen" vgl. § 174 N. 16c, wo von einem solchen in bezug auf Personen, sowie § 246 N. 23, wo von einem solchen hinsichtlich Sachen die Rede ist.

4) Was die einzeln aufgeführten, nach dem bürgerlichen Recht sich bestimmenden Personenkategorieen betrifft, so ist die Aufzählung erschöpfend, weshalb eine analoge Ausdehnung auf andere Personenklassen ausgeschlossen erscheint; Frank N. III Abs. 2, Draheim, Untreue u. Unterschl. S. 20; vgl. aber u. zu d. Im übrigen stehen die einzelnen Kategorieen einander völlig gleich, derartig, daß es unerheblich ist, wenn der Täter alternativ der einen oder der anderen zugerechnet wird (N. 1_2); RG. FS. 28. Aug. 84 E. 11 244. Im einzelnen ist hervorzuheben:

a) Wegen „Vormünder“ und „Kuratoren“ ist § 34 N. 7 zu vergleichen. Hier, wo es um eine Vermögensbschdgg. sich handelt, sind (übrigens übereinstimmend mit § 174 N. 12) unter der allgemeinen Bezeichnung „Vormünder“ unbedenklich auch die Gegenvormünder mit zu begreifen, da diese bei der ihnen gesetzlich übertragenen beaufsichtigenden Tätigkeit (BGB. §§ 1792, 1799) faktisch in der Lage sind, eine Untr. zu begehen, abgesehen davon, daß ein Mißbrauch der amtlichen Stellung zur Verübung der Untr. auch in anderer Weise, z. B. durch ein, außerhalb der gesetzlichen Befugnisse liegendes, Anvertrauen der Vermögensverwaltung seitens des selbst verhinderten Vormundes, denkbar ist; Binding Lb. **1** 399, Frank N. III 1, Draheim aO. S. 20. Zu den „Kuratoren“ (vgl. **RG.** IV 7. Apr. 93 **E. 24** 109) gehören die heutigen „Pfleger“ des BGB. §§ 1909—1914; Binding, Frank, Draheim aO., letzterer dies allerdings für den gemäß BGB. § 1910 Abs. 1 bestellten Pfleger als zweifelhaft bezeichnend. Dagegen ist der gemäß BGB. § 1687 der Mutter bestellte Beistand nicht zu den Vormündern zu rechnen und zu den Kuratoren nur im Falle des BGB. § 1693, wenn und soweit ihm ganz oder teilweise die Vermögensverwaltung übertragen ist; **RG.** FS. 13. Sept. 02 **E. 35** 338. Ebenso hat das zit. **E. 24** 109 mit Recht angenommen, daß in Pr. der Vorstand einer städt. Sparkassenverwaltung trotz der Bezeichnung als „Kuratorium“ nicht als „Kurator“ zu erachten sei. Der elterliche Gewalthaber und der Ehemann als Verwalter des Vermögens der Frau (BGB. §§ 1363 ff., 1626 ff.) fallen nicht unter die Vorschrift der Nr. 1; Binding Lb. **1** 399; vgl. **RG.** II 17. Jan. 87, I 10. Nov. 87 **E. 15** 211, **16** 307. Steht die Vormundschaft dem Vorstande einer unter staatl. Verwaltung oder Aufsicht stehenden Erziehungs- od. Verpflegungsanstalt zu (vgl. EGBGB. Art. 136 Nr. 1, Pr. AGBGB. Art. 78 § 1), so trifft die strafrechtl. Verantwortlichkeit die einzelnen Mitglieder.

Übrigens bedingt der Wortlaut des Gesetzes nicht notwendig die Auffassung, daß es nur denjenigen Vormund (Kurator) im Auge habe, der es zur Zeit der Tat noch sei; das Wort „Vormund“ ist vielmehr nur in bezug auf das durch die Bestellung als Vormund begründete Rechtsverhältnis gebraucht, nicht in bezug auf dessen Fortdauer; das Delikt kann also namentl. noch über das Ende der Vormundschaft hinaus, solange das Verhältnis der Benachteiligten noch nicht dauernd (durch Aushändigung des Vermögens, Rechnungslegung; BGB. §§ 1890, 1893) gelöst ist, begangen werden; **RG.** II 17. März 88 **E. 17** 241, Binding Lb. **1** 402, Frank N. II 2, Draheim aO. S. 19, Ammon Untreue S. 40, jetzt auch Oppenh.-D. N. 9; s. ferner N. 6 letzt. Abs.

Andererseits kann der Vormund, auch falls er es zur Zeit der Vornahme der Hdlg. noch ist, nur dann aus Nr. 1 bestraft werden, wenn die schädigende Hdlg. o. Unterlassg. ihren Rechtsgrund in der vormundschaftl. Stellung hat; so kommt Nr. 1 z. B. nicht zur Anwendung, wenn es um die Unterlassung der Ersatzleistung unterschlagener Mündelgelder sich handelt, weil hier die Unterlssg. ihren Rechtsgrund in einer vom Vormund begangenen strafb. Hdlg. hatte; **RG.** III 23. Nov. 85 **R. 7** 692. Deshalb ist auch Nr. 1 nicht verletzt, wenn die Vermögensbschdgg. in einer Angelegenheit stattgefunden hat, für die dem Bevormundeten wegen entgegenstehenden Interesses des Vormundes ein Pfleger bestellt ist, wo der schädigende Vormund sonach nicht als solcher, sondern in anderer Eigenschaft, z. B. als Schuldner des Mündels, handelt; **RG.** III 28. Jan. 86 **E. 13** 333, Binding Lb. **1** 401, Frank N. II 1. Aber selbst bei entgegenstehenden Interessen ist der Vormund seiner Verpflichtungen gegen den Mündel vor Bestellung eines Pflegers nicht ohne weiteres enthoben; so **RG.** I 21. März 89 **E. 19** 80 btr. BayerLR.; das muß aber fürs BGB. (vgl. § 1909) gleichmäßig gelten. Andererseits ist es möglich, daß jemand als Vormund 2c. eine Untr. hinsichtlich Vermögensobjekte seines Mündels begehe, die ihm bereits vor der Bestellung zum Vormunde anderweitig, z. B. auf Grund eines Verwahrungsvertrages, anvertraut waren; **RG.** II 23. Feb. 97 **E. 29** 415.

b) Als „Massenverwalter“ ist in der Praxis des **RG.** erachtet: der gemäß §§ 61, 58 des (alten) GenossenschaftsG. v. 5. Juli 1868 (vgl. GenG. F. v. 20. Mai 98 §§ 83 ff., 118) zum Leiter des Umlageverfahrens bestellte Liquidator einer eingetragenen Genossenschaft; IV 30. Apr. 89 **E. 19** 184; der Konkursverwalter; II 28. Sept. 94 **E. 26** 106.

c) Über „Sequester" u. „Verwalter von Stiftungen" vgl. Ammon Untreue S. 37 f.

d) Eine gesetzliche Ausdehnung hat der Kreis der Personen, auf die § 266 unmittelbar anwendbar ist, durch die oben hinter dem Gesetzestexte aufgeführten Gesetze über die eingeschr. Hilfskassen, die verschiedenen Versicherungsgesetze u. das HypothekenbankG. erfahren; die in ihnen genannten Personen (vgl. die bei den Ges. angeführten §§.) werden, abgesehen vom HypothekenbankG. den „Vormündern" anzureihen sein, da meist ausdrücklich ausgesprochen ist, daß die Mitglieder der btr. Organe wie „Vormünder" haften; die „Treuhänder" des HypothekenbankG. (§ 29) aber haben sachlich die Stellung von „Kassenverwaltern"; so auch Stenglein Rstrafnebengef. S. 269 (§ 36 N. 1). Erforderlich ist nur, daß die btr. zum Nachteil der Kasse 2c. handelnde Person überhaupt die in Frage kommende Eigenschaft eines Kassenorgans hat, dagegen ist nicht nötig, daß sie gerade in dieser ihrer Eigenschaft tätig geworden sei; RG. III 4. Okt. 94, 17. Juni 01, E. 26 137, G. 48 356.

Zu Absatz 1 Nr. 2. N. 5—9.

5) Die Aufnahme der, im PrStGB. fehlenden und dem Art. 287₂ des KglSächs. RevidStGB. v. 1. Okt. 1868 nachgebildeten, Nr. 2 beruht, nach den Motiven, auf einem in der Rechtsprechung hervorgetretenen Bedürfnis, indem die PrPraxis die Unterschl. an einem bloßen Forderungsrechte annehmen zu müssen glaubte, um die widerrechtliche Verfügung über fremde Vermögensrechte zum Nachteil des Berechtigten nicht straflos zu lassen. Nachdem jetzt dem Tatbestande der qualifizierten Unterschl., der sog. Veruntreuung, derjenige der Untr. aus § 266² zur Seite gestellt ist, erscheint jene Auslegung ausgeschlossen.

6) Für die Frage, wer als „Bevollmächtigter" (wg. eines „Minderjährigen" vgl. N. 9d) anzusehen sei, unterschied früher die GM., insbs. auch RG. III 15. Dez. 80 E. 3 283, wesentlich mit Rücksicht auf den gleichfalls gebrauchten Ausdruck „Auftraggeber", nicht zwischen Vollmachts- und anderen Aufträgen. Allein die dem Worte „Bevollmächtigte" angewiesene hervorragende Stelle, der gegenüber die Worte „des Auftraggebers" vollständig zurücktreten, läßt doch die auch schon aus dem zit. RG. hervorleuchtende Auffassung gerechtfertigt erscheinen, daß das Gesetz die Übertragung und Übernahme von Rechtsgeschäften voraussetze, um so mehr, als hiermit der weitere Ausdruck „Auftraggeber" sich verträgt. Freilich ist der Begriff der „Vollmacht" i. S. der Nr. 2 nicht zu beschränken auf den Fall der direkten Stellvertretung (BGB. § 164 Abs. 1), sondern mit Rücksicht auf die allgemeine Wortbedeutung auch von der indirekten Stellvertretung (Abs. 2 das.) zu verstehen; RG. II 9. Jan. 83 E. 7 377. Hiernach setzt der Begriff des „Bevollmächtigten" i. S. der Nr. 2 voraus, verlangt aber auch andererseits nicht mehr, als das Bestehen der rechtlich begründeten Befugnis zur Vertretung fremden Vermögens in Rechtsangelegenheiten (übrigens ohne Rücksicht auf rechtsverbindliche Verantwortlichkeit gegenüber dem Auftraggeber; N. 9d); nicht erforderlich ist, daß die Vertretungsbefugnis auf einem unmittelbaren Vollmachtsauftrage beruhe (vgl. RMG. I 5. Mai 02 E. 3 21 sowie über solche Fälle auf Grund des früheren Zivilrechts: RG. I 27. Apr. 82, 24. Sept. 83, R. 4 393, 5 542, II. 9. Mai 84, IV 4. Feb. 96, 15., 20. Feb. 99, E. 10 385, 28 155, 32 26, 30, wobei E. 28 155 btr. Handlungsgehilfen u. -Lehrlinge dahin durch das zit. E. 32 26 erläutert wird, daß die den Auftraggeber benachteiligenden Verfügungen nicht notwendig zu den vom Bevollmächtigten kraft des erteilten Auftrages vorzunehmenden Geschäften gehören müßten, falls nur die benachteiligende Verfügung nicht außerhalb jedes Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrage stehe u. eine Verletzg. der dem Bevollmächtigten als solchem obliegenden Pflichten enthalte; ähnlich E. 32 30 btr. Untr. eines Rechtsanwaltes an den von ihm auf Grund einer Vollmacht seiner Partei von deren Schuldner entgegengenommenen u. demnächst unterschlagenen Geldzahlungen), sondern es genügt, wenn die vermögensrechtl. Vertretungsbefugnis nur die mittelbare, aus dem Gesetze fließende Folge eines anderen, weitergehende Rechte und Pflichten begründenden Vertragsverhältnisses ist; so RG. I 14. Juli 84, IV 9. Nov. 86, III 3. Juni 89, E. 11 241, 15 41, 19 271; aM. Binding Lb. 1 399. Ein solches allgemeines Vertragsverhältnis muß aber stets die Grundlage der Vertretungsbefugnis bilden;

Personen, die ihr Vertretungsrecht lediglich aus dem Gesetz entnehmen (wie Beamte, abgesehen vom Gerichtsvollzieher, der nach s. Doppelstellung gesetzlich als Beauftragter des Gläubigers gilt; RG. BZS. 10. Juni 1886 EZS. 16 397) gehören deshalb nicht hierher, da es insoweit an einem Auftraggeber fehlt (s. aber u. f), und auch der Inhaber der elterlichen Gewalt sowie der Ehemann, dem die Verwaltung des Frauenguts zusteht, sind aus diesem Grunde nicht ohne weiteres zu den „Bevollmächtigten" i. S. der Nr. 2 zu rechnen; Binding aO., Draheim Untreue u. Unterschl. S. 25, Ammon Untreue S. 67, Konrad Untr. des Bevollmächtigten S. 28 ff., dieser die Möglichkeit der Begehung einer Untr. auch für den Gerichtsvollzieher verneinend. In der Praxis des RG. sind danach als Bevollmächtigter angesehen:

a. ein (nicht im allg. von der Vertretung gemäß HGB. §§ 114_2, 125 ausgeschlossener) Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft (Bevollmächtigter der Gesellschaft u. mittelbar auch der nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter); so: zit. E. 19 271, I 17. Nov. 92 E. 23 315, auch Konrad aO. S. 26; aM.: Binding aO., Oppenh.-D. N. 14, Draheim aO. S. 25, Ammon aO. S. 61;

b. ein Vorstands- o. Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft o. einer E.G.; II 21. Nov. 82 E. 7 279, I 8. Jan. 83 R. 5 15;

c. der Kassierer einer E.G; I 2. Juni 87 R. 9 356;

d. die Vorstandsmitglieder einer (mit Korporationsrechten bestehenden) Innung (nämlich der jurist. Person, nicht etwa der Innungsgenossen), bzw. einer eingeschr. Hilfskasse, bzw. eines freien Personenvereins (nach HamburgerR.), sowie allg. eines nicht rechtsfähigen Vereins (Bevollmächtigter der Gesamtheit aller Vereinsmitglieder); II 1. Okt. 86 R. 8 575, bzw. III 20. Sept. 86 E. 14 401 (btr. G. v. 1. Juni 1884 § 34), bzw. III 25. Apr. 92 E. 23 97, bzw. I 18. Nov. 01 G. 48 443; vgl. auch N. 4_1;

e. die Liquidatoren einer aufgelösten Handelsgesellschaft bzw. einer in Konkurs geratenen Genossenschaft; I 1. März 88 R. 10 201, bzw. IV 30. Apr. 89 E. 19 184;

f. vgl. ferner I 10. Juli 82 R. 4 683 (btr. einen Kgl. Eisenbahn-Güterexpedienten), IV 9. Nov. 86 E. 15 41 (btr. einen PrBürgermeister, insbs. einen kommissarischen); beide zu weit gehend; s. o.

Wegen praktischer Fälle, in denen das Vorliegen eines Vollmachtsverhältnisses verneint wurde, vgl.: zit. E. 7 377 (btr. Waldwärter), I 15. Nov, III 15. Dez. 80, 10. Dez. 85, E. 3 35, 283, 13 195 (letztes btr. herrschaftl. Fischereiaufseher), II 28. Sept. 94 E. 26 106, II 8. Nov. 98 G. 46 444 (bei Beauftragung mit einer nur vorbereitenden Tätigkeit — Ermittelung eines Kauflustigen — für den Abschluß eines Geschäftes), III 7. März 01 G. 48 131 (btr. des Prokuristen einer Bankfirma hinsichtlich der dieser von ihren Kunden übergebenen Wertpapiere).

Darüber, ob und inwieweit ein „Agent" als Bevollmächtigter angesehen werden könne, vgl. RG. III 12. Nov. 94 E. 26 230, zit. RMG. E. 3 21, sowie jetzt btr. der Handlungsagenten HGB. §§ 84 ff.; über die Stellung des Kellners gegenüber dem Wirt u. den Gästen endlich: RG. III 10. Dez. 00 E. 34 39, I 18. Mai 03 G. 50 288 (zu diesen s. aber § 246 N. 7 btr. BGB. § 164 i. V. mit § 929).

Entsprechend der oben N. 4a btr. der Nr. 1 vertretenen Ansicht gilt auch hier, daß das Delikt noch nach aufgehobener Vollmacht, insbs. nach deren Widerruf (BGB. §§ 671 ff.), begangen werden kann, namentl also wenn es um die Pflicht des Bevollmächtigten, das für den Auftraggeber Erhaltene diesem herauszugeben (BGB. § 667) sich handelt (so: RG. II 14. Juni 86 E. 14 184, Binding Lb. 1 402, Konrad aO. S. 25; aM. Oppenh.-D. N. 14b), während naturgemäß völlig neue Geschäfte, die der frühere Bevollmächtigte nach Widerruf der Vollmacht vornimmt, nicht unter Nr. 2 fallen; RG. IV 13. Feb. 03 E. 36 133.

7) Darauf, ob der Bevollmächtigte hinsichtlich des Inhalts und der Form des abzuschließenden Geschäfts erschöpfende Vorschriften erhalten hat oder ob ihm in einzelnen Punkten Spielraum zur eigenen Entschließung gelassen worden, kommt nichts an; RG. I 28. März 87 R. 9 200 (der Umfang der Vertretungsbefugnis sei nach den konkreten Umständen zu beurteilen). Immer aber setzt die Anwendbarkeit der Nr. 2 voraus, daß

die Hdlgen des Täters ihre **Grundlage** in den dem Täter als Bevollmächtigten zustehenden Befugnissen haben und seine hierauf sich beziehenden Pflichten durch mißbräuchliche Ausübung verletzen; ganz **außerhalb** des Vollmachtsverhältnisses liegende Verfügungen sind ausgeschlossen (vgl. N. 9b); RG. I 1. März 88 R. **10** 201, IV 4. Feb. 96, 15. Feb. 99, E. **28** 155, **32** 26; vgl. auch II 1. Okt. 86 R. **8** 575.

Eine bestimmte **Form** ist **nicht** erforderlich, sowenig wie für die Erteilung der Vollmacht nach BGB. § 167; so die GM., insbs. RG. III 15. Dez. 80 E. **3** 283. Sie kann deshalb z. B. auch geschehen durch Indossierung eines Wechsels auf den Vertreter o. durch Blankoindossament bzw. durch Ausstellung einer Schuldurkunde o. Hypothek auf den Namen des Bevollmächtigten; RG. II 4. Juni 86, 19. Apr. 87, E. **14** 198, R. **9** 247.

Nicht erforderlich ist ferner, daß infolge des Vertretungsverhältnisses eine Sache in den Besitz o. Gewahrsam des Bevollmächtigten gelangt sei; Berlin 13. Juni 73 St. **3** 22.

Das zit. RG. R. **9** 247 hat es endlich für unerheblich erachtet, ob die Bevollmächtigung ein **unerlaubtes** o. **gar strafbares Geschäft** zum Gegenstande habe, z. B. die Versilberung eines über eine simulierte Schuld ausgestellten Hypothekenbriefes (bedenklich!); vgl. Ammon Untreue S. 65.

8) **Objekt** der aus Nr. 2 strafb. Hdlg. sind „**Vermögensstücke**", insbs. „**Forderungen**", des **Auftraggebers**.

a) „**Vermögensstücke**" sind, wie die Wortfassung außer Zweifel stellt, **Einzelobjekte** des **Aktivvermögens** des Auftraggebers, also namentl. auch bewegliche Sachen, insbs. bares Geld (N. 16a); RG. III 4. Feb. 84, 1. März 86, E. **10** 72, **13** 376; ebenso aber auch andere Rechte, wie z. B. die aus dem Pr. JagdpolizeiG. v. 7. März 1850 sich ergebende Jagdberechtigung; maßgebend ist der zivilrechtl. Begriff des Vermögens (§ 263 N. 18 ff.); Frank N. IV. Während darüber kein Zweifel herrscht, daß eine gewöhnliche Schuldverschreibung, mag auch das Papier im Eigentum des Ausstellers stehen, nicht zu seinem **Aktivvermögen** gehört, ist die Frage bezüglich des eigenen **Wechselakzeptes** bestritten; falls der Akzeptant den Wechsel auf sich hat indossieren lassen, wird es auch als Vermögensstück des Akzeptanten selbst gelten müssen und die Frage daher mit dem zit. RG. E. **13** 376 zu **bejahen**, im übrigen aber jene Eigenschaft gegen das zit. RG. sowie ferner gegen II 9. Mai 84, 4. Juni 86, I 17. Nov. 92, E. **10** 385, **14** 184, **23** 315 zu **verneinen** sein; so auch: Binding Lb. **1** 401 N. 5, Ammon Untreue S. 74 ff., Konrad Untr. des Bevollmächtigten S. 36 ff. Wegen eines, abgesehen von den Unterschriften auszufüllenden Wechsels an eigene Order, der seitens des Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft mit der Firma als Ausstellerin oder Indossatarin versehen wurde, vgl. RG. I 10. Nov. 94 E. **26** 246. Von RG. III 13. Feb. 05 G. **52** ist auch die vollstreckbare Ausfertigung eines gerichtl. Vergleichs als „Vermögensstück" angesehen.

b) Ob „Vermögensstücke", insbs. „Forderungen", solche „**des Auftraggebers**" sind, ist lediglich nach den Bestimmungen des **Zivilrechts** zu entscheiden; so namentlich RG. I 24. Sept., II 13. März 83, III 10. Dez. 88, IV 10. Juni 90, R. **5** 542, 168, **10** 715, E. **20** 436 (letztere beiden mit der weiteren zutreffenden Ausführung, daß auch an einem im gemeinschaftl. Eigentum stehenden Vermögensstücke das Verg. verübt werden könne; vgl. § 242 N. 11), Binding Lb. **1** 402, v. Liszt S. 459, Draheim Untr. u. Unterschl. S. 34 ff., Ammon aO. S. 76 ff.; aM.: Merkel HH. **3** 783 N. 5, Kronecker G. **34** 403 („Vermögensst." sei nicht zivilistisch, sondern wirtschaftlich aufzufassen). Richtig ist allerdings, daß die Nr. 2 nicht bloß an solche „Vermögensstücke" denkt, die nach den maßgebenden Vorschriften des Zivilrechts, gleichwie beim Diebst. (§ 242 N. 5) u. der Unterschlagg., zum **eigenen** Vermögen des Machtgebers gehören, vielmehr wird nach dem Sinne des Gesetzes nur erfordert, daß sie nach den Vorschriften des Zivilr. der **ausschließlichen Herrschaft** des Machtgebers unterworfen sind, was auch hinsichtlich derjenigen Vermögensstücke zutrifft, die seiner Obhut mit der Befugnis zur alleinigen rechtl. Verfügung anvertraut sind, und für die er daher verantwortlich ist; RG. II 28. Sept. 94 E. **26** 106, III 7. März 01 G. **48** 131 (btr. Untr. eines Prokuristen an den einer Bankfirma von einem Kunden übergebenen Wertpapieren), Binding, Draheim aO.

Dementsprechend ist in der Praxis des RG.

I. angenommen, daß α. die eingezahlten Geschäftsanteile der Mitglieder einer E.G. Vermögensstücke der Genossenschaft; I 8. Jan. 83 R. 5 15; β. die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände Vermögensstücke des Konkursverwalters seien; zit. E. 26 106; γ. die seitens eines Kellners von den Gästen eines Wirtes erhobenen Gelder nur unter besonderen Voraussetzungen, die den Gästen erkennbar sein müßten, Vermögensstücke des Kellners würden; III 10. Dez. 00 E. 34 39, I 18. Mai 03 G. 50 288 (s. jedoch § 246 N. 7 btr. BGB. § 164 i. V. mit § 929);

II. verneint α. auf Grund des (alten) HGB. bzw. der WO., daß der Erlös aus verkauftem Kommissionsgute bzw. eines im eigenen Namen umgesetzten Wechsels durch die Vereinnahmung in das Eigentum des Kommittenten übergehe, daß folglich der Kommissionär durch Verfügung über den Erlös Untr. begehe; II 9. Mai 84 E. 10 385, zit. R. 5 542; vgl. jetzt HGB. §§ 383 ff.; β. daß der Verkauf eines Pfandscheines eine Verfügung über die versetzte Sache selbst sei, indem darin vielmehr nur eine Verfügung über einen Anspruch auf Rückgabe der Sache gg. Zahlung der Pfandschuld liege; I 19. Jan. 99 E. 31 436.

9 a) Die Handlung selbst besteht in der absichtlich (N. 12) zum Nachteil des Auftraggebers (N. 2) geschehenden „Verfügung" über dessen Vermögensstücke; hierunter ist nach dem Wortsinne der Nr. 2 und nach dem Zwecke der Bestimmung eine Maßregel zu verstehen, die in irgend einer Weise, wenn auch indirekt, eine Veränderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zu dem btr. Vermögensstücke herbeiführt; auf diesen Erfolg, nicht auf die Art des Handelns kommt es an; RG. III 26. Jan. 85 E. 11 412. Handelt es sich um eine Verfügung insbs. über Forderungen, bei denen ein Besitz nicht in Frage kommen kann, so ist eine solche Veränderung nur hinsichtl. des rechtlichen Verhältnisses des Auftraggebers zum Forderungsrecht denkbar; RG. IV 1. Dez. 00 G. 47 450. Obschon ein Kommissivdelikt in Frage steht, so liegt doch kein Grund vor, hier unbedingt ein positives Handeln zu erfordern, vielmehr muß auch in diesem Falle nach den allg. Grundsätzen eine Unterlassung (N. 2d) für ausreichend erachtet werden, während ein Nichthandeln, das weder das Vermögensstück selbst, noch die Rechte des Auftraggebers an ihm irgendwie berührt, keine „Verfügung" enthält; so RG. zit. E. 11 412 (deshalb Untr. einerseits bejahend bei unterlassener Geltendmachung einer Forderung des Auftraggebers mit der beabsichtigten Wirkung des Eintritts der Verjährung der Forderung bzw. bei in gleicher Absicht unterlassener Einlegung des Rechtsmittels, andererseits verneinend bei bloßer, wenn auch vorsätzlicher, Unterlassung rechtzeitiger Ablieferung vereinnahmten Geldes), I 13. Nov. 02 G. 50 114 („Verfügung" verneinend bei bloßer Zurückbehaltung von Geldern des Auftraggebers, die zur Einlösung von Wechseln verwandt werden sollten), H. Meyer S. 632; aM.: Hälschner 2 394, Merkel HH. 3 783, Schütze S. 478 N. 9, Oppenh.-D. N. 3.

b) Die Verfügung ist in der verschiedensten Weise denkbar, z. B. nach der Praxis des RG. durch volle Bezahlung von Rechnungen ohne Abzug des dem Machtgeber kontraktlich zustehenden Rabattes (II 6. Juli 80 E. 2 215), über das Betriebsmaterial einer Eisenbahn durch geringere Gewichtsangabe im Frachtbriefe seitens eines Güterexpedienten einer Eisenbahn (I 10. Juli 82 R. 4 683), durch Ausführung: eines ungültigen Generalversammlungsbeschlusses seitens der Vorstandsmitglieder (II 1. Okt. 86 R. 8 575), der Einziehung einer Forderung auf Grund einer vom Auftraggeber ausgestellten Scheinzession nicht behufs Befriedigung des letzteren, sondern zum eigenen Nutzen (IV 31. Jan. 90, 3. Feb. 03, I 26. Feb. 03, G. 37 444, 50 134, 142; abweichend jedoch unter Verneinung einer Verfügung zum Nachteil des Auftraggebers, falls der mit Einziehung Beauftragte die Zahlung in der Absicht demnächstiger Verwendung in eigenem Nutzen entgegennimmt: III 17. Feb. 98 G. 46 133), durch Herbeiführung der Liquidation eines Vereins mittels Erschleichung eines Auflösungsbeschlusses durch eine statutenwidrig zusammengesetzte Generalversammlung (III 25. Apr. 92 E. 23 97), durch käufliche Überlassung von Waren zu einem niedrigeren Preise trotz vorliegenden ernstlich gemeinten u. vom Bevollmächtigten dafür gehaltenen höheren Gebotes (II 28. Sept. 94 E. 26 106), durch Einräumung eines Besitz- u. Zurück

behaltungsrechtes nicht nur an den Vermögensstücken des Auftraggebers selbst, sd. auch an Depotscheinen, trotzdem diese keinen selbständigen Vermögenswert u. deshalb auch keinen Verkaufswert haben (II 28. Sept. 94 E. **26** 111). Ohne eine Verfügung über Vermögensstücke, die vorher Bestandteile des Vermögens des Auftraggebers waren, kann Untr. aus Nr. 2 nicht begangen werden; vgl. III 31. März 90 E. **20** 358 btr. vergleichsweisen Verzichtes seitens eines Beauftragten (Kommissionärs) über eine Forderung, die aus einem seitens desselben mit einem Dritten zwar für Rechnung des Auftraggebers, aber im eigenen Namen geschlossenen Vertrage entstanden war, ohne zuvorige Abtretung des Anspruches an den Auftraggeber, sowie I 10. Nov. 02 G. **50** 113 (BGB. § 812) btr. der von einem mit dem Ankauf von Sachen Beauftragten verübten Unterschl. des ihm eingehändigten Kaufpreises, eine gleichzeitige Untr. aber dann verneinend, wenn bei dem Ankauf ein Vertragsverhältnis zw. dem Verkäufer u. dem Auftraggeber des Täters nicht entstanden ist. Deshalb ohne diese Voraussetzung auch nicht durch Belastung des Vermögens des Auftraggebers mit Schuldverbindlichkeiten; denn wenn auch hierin eine indirekte Verfügung über das Vermögen des Auftraggebers liegen sollte, so doch nicht eine solche über ein „Vermögensstück" (N. 8a); so: RG. III 4. Feb. 84 E. **10** 72 (btr. einen Wechsel, der vom Vorsitzenden eines Sparvereins für diesen mit der Unterschrift als Aussteller versehen wurde, ohne daß der Verein die Disposition über den ihm von einem Dritten vorgelegten Wechsel auch nur zeitweise erlangte; vgl. R. **6** 75), Frank N. IV, Draheim Untr. u. Unterschl. S. 49; aM. Binding Lb. **1** 401.

c) Eine solche Verfügung kann aber der Natur der Sache nach nicht vorgenommen werden seitens des Bevollmächtigten bezüglich seiner eigenen Schulden an den Auftraggeber, da er in betreff dieser nicht für den Gläubiger bzw. statt dessen handeln kann; Berlin 11. Juli 79 O. **20** 331 (keine Untr., wenn unter jener Voraussetzung ein Bevollmächtigter zur Ausgleichung seiner eigenen Schuld fingierte Posten, als für den Auftraggeber ausgegeben, aufstellt). Mit Recht ist eine solche Verfügung auch verneint von München 28. Sept. 72 St. **2** 118 in einem Falle, wo ein Kolporteur, welcher für einen Buchhändler Abonnenten sammeln sollte, diese einem anderen Buchhändler zugewiesen hatte, da, selbst wenn aus den Bestellungen für den Auftraggeber Forderungsrechte erwachsen sein sollten, nicht diese, sondern nur die Bestellungen überwiesen waren.

d) Nicht erforderlich ist, daß der Bevollmächtigte nach den Grundsätzen des Zivilrechts für die absichtlich vorgenommenen nachteiligen Verfügungen dem Auftraggeber rechtsverbindlich verantwortlich sein müsse, weshalb auch ein in seiner Handlungsfhgkt. beschränkter Minderjähriger als Bevollmächtigter gegen Nr. 2 verstoßen kann; so: RG. I 30. Jan. 90 E. **20** 262, Konrad Untr. des Bevollmächtigten S. 24; aM. Ammon Untreue S. 64.

Zu Absatz 1 Nr. 3. N. 10, 11.

10) Subjekt des Verg. im Falle der Nr. 3 sind Personen, die „zur Betreibung ihres Gewerbes (§ 222 N. 7 I c) von der Obrigkeit verpflichtet" sind. Dazu gehören, sofern sie nach der GewerbeO. § 36 durch „die verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Kommunalbehörden auf die Beobachtung der bestehenden Vorschriften beeidigt und öffentlich angestellt sind": die Feldmesser, die Versteigerer (Auktionatoren), ferner die Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer und Stauer, d. h. solche Personen, die „den Feingehalt edler Metalle oder die Beschaffenheit, Menge oder richtige Verpackung von Waren irgend einer Art feststellen" (so nach dem zit. § 36; zu den einzelnen Begriffen vgl. Ammon Untreue S. 56 ff.) — nicht aber, sofern die Bestellung dieser Personen seitens einer „Korporation" erfolgte, bzw. insofern diese Gewerbe lediglich „frei betrieben werden", da alsdann das Erfordernis einer „Verpflichtung von der Obrigkeit" fehlt. Beim Vorliegen einer solchen Verpflichtung (ohne solche genügt die bloße Anstellung o. Konzessionierung nicht; Oppenh.-D. N. 23) treten aber zu den in Nr. 3 ausdrücklich, im Gegensatz zu Nr. 1 u. 2 aber nur beispielsweise, bezeichneten Personen insbs. noch hinzu: die Markscheider, ferner die Medizinalpersonen (Dresden 8. Dez. 71 St. **1** 294 btr. Untr. eines von einem sächs. Gerichte eidlich in Pflicht genommenen Tierarztes).

Dagegen gehören nicht mehr zu den in Nr. 3 bezeichneten Personen die „Handels-

mäkler", weil diese nach HGB. Buch I Abschn. 8 §§ 93 ff. nur noch Privat-Handelsmäkler sind (vgl. dagegen früher HGB. Art. 66); Binding Lb. 1 400, Draheim Untr. u. Unterschl. S. 23.

11) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Täter „bei den ihm übertragenen Geschäften denjenigen, dessen Geschäfte er besorgt, absichtlich (N. 12) benachteiligt" (N. 2). Die Besorgung eines von einem anderen übertragenen Geschäftes für diesen ist in der Praxis z. B. gefunden: in der Teilnahme eines Mitgliedes und tierärztlichen Sachverständigen einer Vormusterungskommission an der Vormusterung von Pferden; Dresden 8. Dez. 71 St. 1 294; in der Eingehung von Schuld- u. Wechselverbindlichkeiten zum Nachteil des Auftraggebers; Berlin 14. Nov. 78 O. 19 534.

Dolus. N. 12, 13.

12) Der Dolus der Untr., als eines vorsätzlichen Verg., erfordert das Wissen und Wollen des gesamten Deliktstatbestandes, folgeweise für die Nr. 1—3 gleichmäßig den Vorsatz, zum Nachteile des Auftraggebers zu handeln, d. h. dessen Vermögen zu beschädigen (N. 2). Es fragt sich aber, ob mit dem in allen drei Nrn. gebrauchten „absichtlich" etwas anderes als dieser Vorsatz habe bezeichnet werden sollen. Zunächst fällt nicht ins Gewicht, daß dieser Ausdruck an Stelle des im PrStGB. § 246 gebrauchten „vorsätzlich" getreten ist; die Motive erwähnen diese Abänderung gar nicht, obgleich sie die übrigen Abweichungen rechtfertigen. Schon deshalb ist anzunehmen, daß auch hier mit „absichtlich", wie häufiger im RStGB. (vgl. § 43 N. 25_2), lediglich der Vorsatz hat bezeichnet werden sollen; dafür spricht auch der innere Grund, daß die Benachteiligung eines anderen nur höchst selten den Endzweck des Handelns bilden, dieser vielmehr meist in der eigenen Bereicherung zu finden sein wird, die nach Abs. 2 (N. 14) einen Straferhöhungsgrund abgibt. Der Gesetzgeber kann unmöglich einerseits den kaum denkbaren Fall, daß der Täter den eigenen Vorteil und den Schaden eines anderen jeden um seiner selbst willen nebeneinander erstrebt, haben strafen, andererseits den häufigen Fall, in dem der Täter in seinem Handeln allein durch den eigenen Vorteil sich bestimmen läßt, haben straflos lassen wollen. So: RG. III 28. Jan., I 23. März, 26. Jan. 80, 8. Dez. 84, E. 1 172, 329, R. 1 273, 6 785, IV 10. Juli 88 G. 36 400 (vgl. auch III 4. Okt. 94 E. 26 136), RMG. I 5. Mai 02 E. 3 21, Binding Lb. 1 402, Finger 1 266, Geyer 2 62, Hälschner 2 393, v. Liszt S. 459, H. Meyer S. 632, Frank N. VI, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1, Lucas Subj. Verschuldg. S. 31, Draheim Untr. u. Unterschl. S. 59, Ammon Untreue S. 49. AM.: Berlin OTr. 24. März 71, 3. Dez. 72, 7. Mai 75, O. 12 177, 13 659, 16 357 (Absicht bezeichne den auf die Benachteiligung als Zweck gerichteten Willen), Merkel HH. 4 440, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 3, Ortloff GS. 34 449. Auch hier genügt übrigens Eventualdolus (§ 59 N. 6); so RG. II 21. Nov. 82 E. 7 279; aM. Frank N. VI. Das Motiv ist hiernach gleichgültig; RG. IV 6. Mai 92 G. 40 55 (btr. Untr. des Vorstehers einer Genossenschaft durch Auszahlung von Dividenden an ausscheidende Mitglieder, die nach der Geschäftslage nicht gestattet waren, in der Absicht, die Kreditfähigkeit der G. zu erhalten), I 24. Juni 97 E. 30 191 (btr. Untr. des Vormundes eines außerehel. Kindes, der seine Vaterschaft verschwieg, weil er durch deren Angabe der Gefahr strafr. Verfolgg. wg. Ehebr. sich ausgesetzt haben würde).

13) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlung, als „generelles Merkmal des Dolus", ist auch bei der Untr. erforderlich (vgl. § 59 N. 30 f.); RG. I 26. Jan. 80 R. 1 273, Binding Normen 2 502 N. 724, Merkel HH. 4 441, Frank N. V, VI.

Zu Absatz 2. N. 14.

14) Ein i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. liegt vor, wenn die Untr. begangen wird, „um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen" (vgl. wegen eines prakt. Falles RG. II 6. Juli 80 E. 2 215). Wegen dieser zum subjektiven Tatbestand der einfachen Untr. hinzutretenden, Absicht vgl. die N. 12 zitt. RG. E. 1 172, 329 sowie § 263 N. 43 ff. bzw. § 253 N. 8. Das dort behandelte Tatbestandsmoment des Betr. bzw. der Erprssg. erfordert nur noch weiter gehend, daß die Absicht auf einen „rechtswidrigen" Vermögensvorteil gerichtet sei; das ist bei der qualifizierten Untr. nicht erforderlich; so: Hälschner 2 394, v. Liszt S. 459, Ammon Untreue S. 83; aM.

Binding Lb. 1 403, Merkel HRl. „Untreue“, Schütze S. 478, Simonson Vorteil S. 66; vgl. jedoch wegen der Rechtswidrigkeit der Hdlg. als solcher N. 2, 12 und wegen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit N. 13.

Teilnahme; Idealkonk.; Strafe; Verjährung, Zuständigkeit. N. 15—18.

15) Beihilfe (§ 49) kann, wie bei der Unterschlgg. (§ 246 N. 25 b), namentl. auch durch Empfangnahme der dem Eigentümer entfrembeten Gegenstände geleistet werden, indem dadurch erst die Vollendung der Untr. ermöglicht wird; RG. III 1. Juli 86 R. 8 507.

16 a) Das Verhältnis zu anderen §§. btr., so ist Idealk. (§ 73) von Untr. aus Abs. 2 denkbar mit:

α. Diebstahl (§ 242); RG. IV 14. Mai 04 G. 51 360; β. Unterschlagung (§ 246$_2$, ev. auch § 350), sobald eine bewegliche Sache (N. 5, 8a) das Objekt der Straftat bildet; so die GM., insbs. RG. I 26. Jan., III 2. Okt. 80, 15. Dez. 82, R. 1 273, 2 293, E. 7 349; aM. Binding Hb. 1 363 u. Lb. 1 397 (Untr. sei nur da anzunehmen, wo Veruntreuung nicht vorliege); gg. ihn vgl. jedoch Draheim Untr. u. Unterschl. S. 54 ff. Das gilt auch für den Fall, daß § 266[1] auf Grund des KrankVG. § 42$_2$ Anwendung zu finden hat; RG. III 15. Juli 99 E. 32 259. Die Strafe ist im Falle einer derartigen Idealkonk. aus § 266$_2$ zu bestimmen. Von der Anwendung der Vorschrift des § 247$_2$ kann natürlich keine Rede sein, soweit es um Bestrafung wegen Untr. sich handelt; so die GM. insbs. RG. I 24. Nov. 87 E. 16 343; γ. Betrug (§ 263); Dresden 8. Dez. 71 St. 1 294 (btr. Nr. 3 des § 266).

b) Zu den in späteren Reichsgesetzen (BörsenG. § 79; DepotG. §§ 9, 12; GenG. (F. v. 20. Mai 98) § 146; HGB. § 312; PrivVUntG. §§ 110, 113) geschaffenen besonderen Delikten der Untr. (vgl. dagegen die N. 4d bezeichneten Gesetze) steht § 266 im Verhältnis der Gesetzeskonk., indem er durch jene Gesetze als die spezielleren ausgeschlossen wird; RG. IV 11. Dez. 03 E. 37 25 (btr. das HGB. § 312), Konrad Untr. des Bevollmächtigten S. 46 ff., Ammon Untreue S. 88. Btr. BörsenG. § 79 weist jedoch Binding Lb. 1 404 mit Recht darauf hin, daß er nur gegenüber Abs. 2 des § 266 spezielleres Gesetz sei, während die Anwendung des Abs. 1 auf einfache Untr. des Kommissionärs nicht ausgeschlossen ist; ebenso Konrad aO. S. 49, 51.

17) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16), im Falle des qualifiz. Verg. (Abs. 2) fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Als Nebenstr. ist VbER. nach dem Eingang des Abs. 1 i. V. mit § 32 zulässig.

18) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren. Vgl. auch das N. 2d zit. RG. R. 7 692.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

Dreiundzwanzigster Abschnitt.

Urkundenfälschung.

1) Wie das RStGB. in der Behandlung der Urkundenfälschung materiell mehrfach vom PrStGB. abgewichen ist, so auch in der systematischen Anordnung; einerseits sind im RStGB. § 274 zwei im PrStGB. § 243[6, 7] (früher Nr. 7, 6) als Betr. angesehene Fälle in den Abschn. 23 eingestellt, während andererseits der dem § 254 des PrStGB. entsprechende Tatbestand als Übertr. (§ 363) seinen Platz im Abschn. 29 gefunden hat. In Gemeinschaft mit diesem § 363 behandelt Abschn. 23 die Materie der Urkflschg. i. S. des EG. § 2; Binding Hb. 1 321.

2) Unter der Bezeichnung „Urkundenfälschung“ in der Überschrift des Abschn. 23, die lediglich systematischen Wert beansprucht (N. 1), werden verschiedene Delikte zusammengefaßt, während als Urkundenflschg. im engeren, technischen Sinne lediglich die aus den §§ 267—270 strafb Hdlgen anzusehen sind, denen in den §§ 271—273 die Fälle der sog. intellektuellen Urkundenflschg. sich anschließen; die weiter im Abschn. 23 behandelten Delikte werden nach dem Willen des Gesetzes als „Urkundenfälschungen“, namentl. im Tenor der Urteile, nicht bezeichnet werden dürfen; vgl. RG. I 3. Feb. 98 G. 46 123 (insbs. btr. § 274[1]).

§. 267.

Wer in rechtswidriger Absicht eine inländische oder ausländische öffentliche Urkunde oder eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, verfälscht oder fälschlich anfertigt und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängniß bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 262. Aktenst. Nr. 92, 182[39]. StB. S. 1174.

Vgl. § 280 sowie MStGB. § 341, BGB. § 2339 Nr. 4 u. InvVG. § 184_{2}.

Zu §§ 267—270. N. 1.

1) Die Urkundenfälschung i. e. S., die entweder eine einfache (§ 267) oder eine schwere (§ 268) ist, erfordert zu ihrem Tatbestande zwei Akte: die Herstellung einer falschen o. verfälschten Urkunde und das Gebrauchmachen von ihr zum Zwecke der Täuschung. Jener Alternative des ersteren Aktes, der fälschlichen „Anfertigung einer Urkunde“, wird die im § 269 bezeichnete Hdlg. gleichgeachtet, so daß der erste Tatbestandsakt der Urkflschg. einer dreifachen Modalität fähig ist.

Der Urkflschg. selbst wird dagegen nach § 270 der wissentliche Gebrauch einer, im obigen S., falschen o. verfälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung gleichgeachtet, also eine dem zweiten Akte der Urkflschg. i. w. S. entsprechende Hdlg.

Urkunde. N. 2—22. — Im allgemeinen. N. 2—4.

2) Das Gesetz selbst enthält keine allgemeine Bestimmung des Begriffs der „Urkunde“ (vgl. über ihn: Binding Lb. **2** 165 ff., Weismann ZStrW. **11** 2 ff., P. Merkel Urkunde im Strafr. S. 200 ff., Brodmann Urkunde, bes. im Strafrecht, Zwei Abhandlungen, davon die erstere auch GS. **47** 400), der in den §§ 267—270 deren engem Zusammenhange zufolge (N. 1) jedenfalls ein einheitlicher ist, setzt ihn vielmehr, allerdings unzutreffend, „be-

reits als bekannt und feststehend" voraus (so die Motive). Eine ausführliche Übersicht über die Definitionen in der Literatur s. bei P. Merkel aO. S. 192 ff.

Ein jeder körperliche Gegenstand kann unter Umständen als Beweismittel dienen, zunächst für die Gründe seiner eigenen Entstehung und die Bedingungen seines Bestehens, dann aber indirekt auch für weitere natürliche oder geschichtliche Vorgänge. Kommt ein Gegenstand als ein derartiges Beweismittel in Betracht, so wendet der Sprachgebrauch zwar auch auf ihn die Bezeichnung „Urkunde" an. Allein diese Bezeichnung ist nur eine ganz alltägliche, von der eigentlichen Bedeutung des Wortes sich entfernende; denn eben jeder Gegenstand besitzt diese „faktische Beweiserheblichkeit", gleichwie ein jeder Mensch, der seine fünf Sinne zu gebrauchen versteht, als Zeuge für irgend einen in seiner Gegenwart sich abspielenden Vorgang dienen kann. Wie man aber erst dann einen Menschen als „Zeugen" im e. S. bezeichnet, insofern er, sei es von vornherein, sei es nachträglich, dazu bestimmt ist, über einen Vorgang, bei dem er gegenwärtig war, Zeugnis abzulegen, so wird auch als „Urkunde" im e. S. nur ein solcher, u. zwar lebloser (aM.: Binding Lb. 2 185 N. 1, P. Merkel aO. 253 N. 4, Goldschmit GS. 55 170) Gegenstand angesehen, der an sich geeignet, ein Beweismittel für bestimmte Tatsachen abzugeben, dazu durch einen maßgebenden Willen bestimmt wird; nur ein solcher Wille ist imstande, einen Gegenstand aus dem Kreise der bloß tatsächlichen Beweismittel herauszuheben, während andererseits, nach der Anschauungsweise des gemeinen Lebens, ein Gegenstand, der jeder Beweiserheblichkeit entbehrt, trotz eines solchen Willens die Eigenschaft einer „Urkunde" nicht erlangt. So im wesentlichen Merkel S. 359 und HRgutachten S. 30 f.; vgl. auch John ZStrW. 6 16.

3a) Von dem allg. Urkundenbegriffe (N. 2) ist aber der juristisch-technische zu unterscheiden (gegen solche Unterscheidung überhaupt Binding Lb. 2 175 N. 4). Nach den Motiven ist zwar zweifellos, daß das StGB. den Begriff „Urkunde" nicht auf „Schriftstücke" (vgl. §§ 130a N. 6, 353a) beschränken will; diese engere Bedeutung des Wortes ist vielmehr im ausdrücklichen Gegensatz zum PrStGB. § 247₂ fallen gelassen; vgl. auch BGB. § 807; so die überwiegende M.; aM.: Beling S. 102, Binding Lb. 2 175 f., 185, 194, Schütze S. 484, P. Merkel Urkunde S. 228 f., Brodmann Urkunde S. 13, 43 f. Es kann also an sich ein jeder körperliche leblose Gegenstand eine Urk. im technisch-juristischen, namentl. auch i. S. des StGB., sein und ist auch keineswegs für erforderlich zu erachten, daß er ein „von Menschenhand gefertigter o. zugerichteter" sei; so nimmt die GM. z. B. mit Recht an, daß als Grenzzeichen, die nach überwiegender Annahme Urkundenqualität besitzen (aM.: Binding aO. 182, Frank N. III 3a, P. Merkel aO. 218 N. 1, Goldschmit GS. 55 172), auch durch die Natur dargebotene Gegenstände in Betracht kommen können (vgl. § 274 N. 8a); vgl. RG. III 9. Feb. 81, II, III 19. Dez. 87, IV 25. Okt. 89, E. 4 4, 17 103, 20 6 (jeder „sinnlich wahrnehmbare" bzw. „jeder leblose Gegenstand", sowie I 11. Juli 01 E. 34 435, das btr. des Urkbegriffs zwischen sog. Beweiszeichen u. Beweismitteln einen grundsätzl. Unterschied überhaupt nicht anerkennt. AM. jedoch: RG. II 23. Jan. 80, 19. Mai 82, E. 1 162, 6 289, III 22. Okt. 83 R. 5 625, Hälschner 2 534, Frank N. III 3a, v. Schwarze N. 1a, Riebel GS. 38 545 ff., außerdem Goldschmit aO. S. 170 ff.

b) Unbedingt festzuhalten ist ferner mit Merkel daran, daß der Gegenstand als Beweismittel durch einen maßgebenden Willen, sei es von vornherein, sei es später, bestimmt sein muß. So: RG. die unter a zitt. E. 4 4, 17 103, 20 6, ferner III 9. Feb. 12. März 88, I 29. Dez. 00, IV 12. Juni 03, E. 17 141, 282, 34 53, 36 317, IV 5. Apr. 89 G. 37 193, Berner S. 596, Geyer 2 100, v. Liszt S. 521, H. Meyer S. 709, Schütze S. 484 (vgl. jedoch S. 486 N. 11), Oppenh.-D. N. 40, Rubo N. 4, Fuchs G. 19 667; vgl. auch Hälschner 2 520, 534 (wohl nicht miteinander harmonierend), sowie jetzt Frank N. II (s. u. unter c). AM. RG. II 23. Jan., III 4. Feb., I 3. Juni 80, VStS. 6. März 83, III 12. März 83, E. 1 162, 293, 2 173, 6 289, 8 92, 187, III 22. Okt. 83 R. 5 625, I 8. Apr. 97 G. 45 129, v. Schwarze N. 1a, P. Merkel aO. 285 f., 427 f., Brodmann aO. 14 f., Mommsen, Riebel, Goldschmit, GS. 36 41, 49, 38 538, 55 207 ff., Beling ZStrW. 18 291, die es für hinreichend erachten, daß die Urk., Beweis zu liefern, geeignet sei. Vgl. ferner einerseits v. Buri GS. 28 31, 36 185, 311 f., nach dem eine Urk. als gegenwärtiges

Beweismittel nur dann erscheinen soll, wenn sie selbst ihre Eigenschaft als Beweismittel zu erkennen gebe, in ihr mithin die Bestimmung, daß sie Beweismittel sein solle, zum verständlichen Ausdruck gelangt sei; andererseits John ZStrW. 4 23 f., 6 21, der, wie auch Hälschner 2 530, Beweisfähigkeit für jede Urk. verlangt, kraft deren sie bei etwa entstehendem Streite auch Beweiswirksamkeit zu äußern vermöge. Binding Lb. 2 188 f. stellt der Urk., der von vornherein die Beweisbestimmung gegeben, der „Absichtsurk.", die „Zufallsurk.", die später diese Bestimmung erhält, gegenüber, u. erachtet auch letztere als taugliches Fälschungsobj., das vom Zeitpunkt, wo jemand mit ihr zu beweisen beschließe u. der Täter dies wisse, unter demselben Strafschutz wie die Absichtsurk. stehe; in diesem S. sei der Satz, der Urk. sei die Bestimmung zum Beweise wesentlich, unanfechtbar; gegen diese Konstruktion besonders Brodmann aO. S. 71.

c) Eine Einschränkung erleidet aber der allg. Urkundenbegriff dahin, daß als Urk. im juristischen S. nur ein solcher Gegenstand in Betracht kommt, der bestimmt ist, im Rechtsleben als Beweismittel zu dienen; nur der Gegenstand, der eine rechtlich erhebliche Tatsache (nicht „ein Rechtsverhältnis" als solches; vgl. RG. IV 5. Apr. 89 G. 37 193) beweisen soll, bietet Veranlassung zur Aufstellung eigentümlicher Rechtsnormen, namentl. im Strafrechte. Eine Urkunde i. w. S., die zum Beweise einer nur historisch interessanten Tatsache bestimmt ist, kommt für das Recht nicht als „Beweismittel", sondern lediglich als „Gegenstand der Kunst u. Wissenschaft" in Betracht; insoweit Gegenstände dieser Art einen besonderen strafrechtl. Schutz genießen (vgl. § 304), insoweit tun solches auch derartige Urk., aber nicht weiter; vgl. P. Merkel aO. 205. Erscheint demgemäß die „Rechtserheblichkeit" als ein allgemeines, unentbehrliches Erfordernis der Urk. im juristisch-technischen S. (vgl. näheres N. 11), so ist namentl. auch notwendig, daß eine Urk., wie das StGB. sie im Auge hat, auf rechtlich erhebliche Tatsachen Bezug habe, daß sie zum Beweise solcher Tatsachen von vornherein oder später bestimmt sei. So namentl. Merkel HRgutachten S. 40, HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 789, 4 443, ferner: Binding Hb. 1 110 N. 194 u. Lb. 2 206 N. 1, Hälschner 2 526 f., v. Liszt S. 522, Schütze S. 484 N. 8, Fuchs G. 19 669, John ZStrW. 4 8, 6 1 ff., Riedel GS. 38 537, auch das zit. RG. E. 4 4 sowie jetzt Frank N. 11_7 (Urk. sei eine verkörperte für den Rechtsverkehr bestimmte Erklärung). AM.: RG., insbs. das zit. E. 17 103 sowie: I 8. Nov. 80 R. 2 474, II 25. Nov. 82 E. 7 252, III 22. Okt. 83 E. 9 141 (ausführlicher R. 5 625), Berner S. 597, H. Meyer S. 709, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 9, v. Buri, Börne, Goldschmit, GS. 28 29, 36 173 ff.; 41 392; 55 181, endlich auch Brodmann aO. 28 f., 59 f. u. — jedoch mit Einschränkung — P. Merkel aO. 276 f., 284.

d) Eine sachliche Abweichung vom allg. Urkundenbegriffe zeigt sich ferner dahin, daß ein zum Beweise rechtserheblicher Tatsachen bestimmter körperlicher lebloser Gegenstand selbst dann als Urk. im juristischen Sinne anzusehen ist, wenn er auch zum Beweise jener Tatsachen, zu deren Beglaubigung er dienen soll, sich nicht eignet; der Umstand, daß dem Gegenstande die Beweisfähigkeit (die Beweiskraft) fehlt, nimmt ihm die Eigenschaft einer Urk. im juristischen S. nicht, sowenig ein „Zeuge" deshalb, weil er nichts zu bekunden weiß, aufhört, ein „Zeuge" im juristischen S. zu sein. Die Rücksicht auf die geordneten Formen, die unentbehrlich sind, um dem Rechte zur Durchführung zu verhelfen, lassen vom technisch-juristischen Standpunkte aus das materielle Element bei der „Urkunde" gegenüber dem formellen derartig zurücktreten, daß die Eignung zur Feststellung rechtlich erheblicher Tatsachen begrifflich nicht erforderlich erscheint. So: Binding Lb. 2 204, v. Liszt S. 523, Frank N. 11 3. AM. das zu a zit. RG. E. 17 103, es gehöre zum Wesen der Urk., daß sie zum Beweise einer Tatsache geeignet sei; ferner Merkel (vgl. namentl. HRgutachten S. 40, 45), der für eine Urk. i. S. des StGB. fordert, daß sie zu den „im Rechtsleben akzeptierten Beglaubigungsmitteln" für rechtlich erhebliche Tatsachen gehöre, da im Gebiete des Rechtslebens die subjektive Bestimmung eines Gegenstandes als Beweismittel für solche Tatsachen nicht in Betracht komme, wenn sie nicht in äußeren Merkmalen einen und zwar an der Sache selbst hervortretenden Ausdruck gefunden habe; vgl. auch: Geyer 2 100, Hälschner 2 529 ff., Rubo N. 4, Fuchs G. 19 667, sowie die o. zu b zitt. Gegner der dort vertretenen Ansicht.

e) Gegen die Ausdehnung des Urkundenbegriffs, wie er vorstehend vertreten, wenden sich insbs. Binding Lb. 2 175 f., Brodmann aO. u. P. Merkel aO. 223 f., die namentlich Schriftlichkeit (wenn auch in weitester Gestaltung) als unerläßlich zum Wesen der Urkunde ansehen, im übrigen bezüglich der Begründung des Urkbegriffs allerdings in erheblicher Weise von einander abweichen. Binding hält vor allem eine scharfe Scheidung der Urk. von den Beweiszeichen für geboten; der Unterschied zwischen beiden liege darin, daß die Urk. als selbständig gewordenes Menschenwort zu jedem spreche, der ihren Inhalt zu lesen verstehe, während das Beweiszeichen, an sich ein unverständliches Symbol, beweisfähig nur sei, solange es an dem gezeichneten Gegenstand hafte, von ihm losgelöst aber Nichts sei (S. 180). Die Beweiszeichen (Prägezeichen, Stempelabdrücke, Waldhammerzeichen, Grenzzeichen usw., insbs. auch die Kerbholzzeichen) gleichgültig, ob sie private oder öffentliche seien, lägen ganz außerhalb des Urkundengebiets u. Fälschungen mit Bezug auf sie seien also straflos, wenn nicht das Gesetz das Gegenteil ausdrücklich bestimme (S. 182 f.); des weiteren beweise die Urk. unmittelbar nur für ihren Inhalt, das Beweiszeichen aber, das häufig gar keinen Inhalt, nie einen vollständigen habe, wolle stets für Dinge außer ihm beweisen (S. 184); nur Geschriebenes und Lesbares (in weitester Gestaltung) könne Urk. sein (S. 185); da diese ein scharf ausgeprägtes Beweismittel sei, stehe weiter die Entscheidung über ihre wesentlichen Eigenschaften allein dem „Beweisrecht" zu (S. 193); wesentlich sei jeder Urk. ein zweifaches, eine Erklärung u. ein Wahrheitsgarant dafür, der Aussteller (S. 196); nur das Gesetz selbst könne hiervon Ausnahmen schaffen (S. 198); den für die Ausdehnung des Urkbegriffs (oben zu a) angeführten Motiven des StGB. dürfe, weil sie ebenso „unverbindlich wie unvorbildlich" und „dilettantisch" seien, eine Bedeutung nicht beigelegt werden (S. 177 N. 2, 194 N. 2); es sei zu bedauern, daß „diese jämmerliche Stelle in den Motiven" die Praxis beherrsche und ein „fast kanonisches Ansehen" genieße. Gegen die Bedeutung der Motive wendet sich auch P. Merkel S. 185 f., 228 f.

4) Daß die N. 3 entwickelte Ansicht der Auffassung des StGB. selbst entspricht, erhellt daraus, daß als Objekt der Urkflschg. nach § 267 in Betracht kommt: „eine öffentliche Urkunde oder eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist". Während sonach die öffentl. Urk. ohne weiteres unter den Schutz des Strafgesetzes gestellt wird, weil der Staat, wenn er selbst eine Tatsache urkundlich macht, schlechthin Achtung vor der Urkundenform beansprucht (RG. II 22. Nov. 95 E. 28 43), ist bei der Privaturk. Beweiserheblichkeit wesentlich; diese ist sonach nicht ein im Begriffe der Urk. im technisch-juristischen Sinne liegendes, sondern ein hinzutretendes Merkmal. So namentl.: Berner S. 597, v. Liszt S. 523, H. Meyer S. 709, Rubo N. 4, 8, Börne GS. 41 403, ferner John ZStrW. 6 21, die „Beweisfähigkeit müsse hier zur Beweiserheblichkeit potenziert" sein, ähnlich Hälschner 2 530; siehe auch P. Merkel Urkunde S. 381 f. Vgl. dagegen die schwankende Auffassung von Merkel einerseits in HH. 3 790, andererseits in HRgutachten S. 47 u. HH. 4 447, insbs. N. 9, dsgl. das N. 3a zit. RG. E. 17 103, es könne dahin gestellt bleiben, ob das allg. Erfordernis der Beweisfähigkeit von der Beweiserheblichkeit noch zu unterscheiden sei, während Binding Lb. 2 222 f. die Beweiserheblichkeit für ein wesentliches Merkmal jeder Urk. im Rechtssinne erklärt; beweiserheblich bedeute: unter dem Gesichtspunkt des Beweises in Betracht kommend und die Beweiserheblichkeit sei nur vom Standpunkt der Urk. als eine von ihr beanspruchte, nicht von dem des Beweiserbringers als eine ihr wirklich zukommende Eigenschaft anzusehen, woraus folge, daß alle Privaturk., gleich allen öffentl., gg. Verfälschungen geschützt seien.

Häufig (vgl. z. B. v. Buri GS. 28 29, 36 318) wird verkannt, daß das bezüglich der Privaturk. aufgestellte hinzutretende Merkmal die Beweiserheblichkeit für Rechte u. Rechtsverhältnisse, nicht aber die bei einer jeden Urk. im juristischen S., also auch bei jeder öffentlichen, notwendige Rechtserheblichkeit selbst (N. 3c) ist; vgl. aber in dieser Beziehung namentl. die Verschiedenartigkeit der Ausdrucksweise im § 267 („Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten ꝛc. von Erheblichkeit ist") und im § 271 („Tatsachen, welche für Rechte ꝛc. von Erheblichkeit sind").

Öffentliche Urkunden. N. 5—9.

5) Das StGB. gibt keine Begriffsbestimmung der „öffentlichen Urkunde". Nach den allgemeinen Sätzen über die Voraussetzungen der „Öffentlichkeit einer Urkunde", auf welche die Motive verweisen, sind aber darunter solche Urk. zu verstehen, denen mit Rücksicht auf ihre Entstehung besondere Glaubwürdigkeit beigelegt wird (RG. IV 21. Juni 89 E. 19 352), welchem Gedanken ZPO. § 415 dahin Ausdruck verliehen hat, daß „öffentliche Urkunden" bestimmt werden als: „Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind". Diese sachlich entsprechende Begriffsbestimmung, die übrigens auch schon vor Geltung der ZPO. gebräuchlich war, wird allgemein für maßgebend erachtet, insbs. auch von RG. I 20. Apr. 82, 10. März 84, II 8. Apr. 81, 26. Juni 83, IV 13. Juli 88, 21. Juni 89, R. 4 361, E. 10 192, 4 69, 8 372, 18 76, 19 352; vgl. auch Binding Lb. 2 213 f., P. Merkel Urkunde S. 328 ff., Riedel GS. 39 161 ff.

Unerheblich ist hiernach für den Begriff der öffentl. Urk. deren Inhalt, der namentl. ein privatrechtl. Akt sein kann; so: RG. zit. E. 10 192, III 28. Nov. 04 E. 37 318, P. Merkel aO. 367 f.; aM. Binding aO.; unerheblich ist ferner die Aufbewahrung bzw. der Gebrauch der Urk. (zit. RG. E. 19 352). Dagegen geht ihr Zweck dahin, die in ihnen berichteten Tatsachen zum öffentl. Glauben, d. h. für und gegen jeden Dritten, vollkräftig zu beweisen; RG. zit. E. 19 352, II 9. Okt. 94 E. 26 138 (141). Schriftstücke, die diesem Zwecke nicht dienen, wie vielfach Anzeigen u. Mitteilungen der Behörden untereinander (vgl. RG. I 5. Jan. 94 E. 25 69, 71) sowie amtliche nur zur Kontrolle, Ordnung o. Erleichterung des inneren Dienstes bestimmte Schriftstücke sind keine öffentl. Urk.; Binding aO. 214, Frank N. IV 1 d, P. Merkel aO. 356 f.

Nach obigem müssen die öffentl. Urk. aufgenommen sein entweder:

a. von einer öffentl. Behörde. Der Zusammenhang des § 415 ZPO. mit den §§ 417 f. das. ergibt, daß unter öffentl. Behörden nur solche amtliche Stellen zu verstehen sind, die, wenn auch ihr Beruf nicht gerade in der öffentl. Beurkundung von Erklärungen besteht, doch befugt sind, amtliche Anordnungen, Verfügungen u. Entscheidungen zu treffen; zit. RG. E. 19 352. Eine Beschränkung der amtlichen Stellen auf eine besondere Art unter dem Namen „Behörde" ist keineswegs bezweckt; zit. RG. E. 10 192, P. Merkel aO. 333. Die von einem zuständigen Organ (Beamten) der Behörde aufgenommene Urk. ist als von der Behörde selbst aufgenommen anzusehen; P. Merkel aO. 334;

b. oder von einer sog. Urkundsperson. Unter „einer mit öffentl. Glauben versehenen Person" kann, im Gegensatz zur Behörde, nur eine individuell bestimmte Person verstanden werden, der für einen örtlich und sachlich begrenzten Kreis gerade die Befugnis, Erklärungen oder Tatsachen mit voller Beweiskraft zu bezeugen, verliehen o. eine Stelle übertragen ist, deren Beurkundung durch Gesetz öffentl. Glauben beigelegt ist; RG. III 31. Mai 86 E. 14 175, IV 30. Okt. 88 R. 10 589, P. Merkel aO. 335.

6) Sowohl „inländische" wie „ausländische" öffentl. Urk. kommen nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes als Objekte der Urkfälschg. in Betracht.

Ob eine öffentl. Urk. eine „inländische" oder eine „ausländische" ist, entscheidet sich nicht danach, ob sie im „Inlande", d. h. innerhalb des zum DR. gehörigen Gebietes, oder im „Auslande" (§ 8) entstanden ist, vielmehr kann nur die Eigenschaft der Behörde bzw. der Urkundsperson entscheidend sein, so daß es darauf ankommt, ob die Behörde ꝛc. eine inl. oder eine ausl. ist (vgl. ZPO. § 438); so: Binding Lb. 2 216, Hälschner 2 525, Lucas S. 382, Rubo N. 5, P. Merkel Urkunde S. 378; aM. Merkel HH. 3 791, der die Gesetze des Entstehungsortes für entscheidend hält. Demnach sind Urk., die von im Auslande stehenden Konsuln und Gesandten des DR., also von inländischen Behörden u. Urkundspersonen ausgestellt sind, inländische öffentl. Urk.; Bew. ZPO. § 438_2 (vgl. G. v. 8. Nov. 1867 btr. die Organisation der Bundeskonsulate u. G. v. 7. Apr. 1900 über die Konsulargerichtsbarkeit); v. Liszt S. 522.

7) Nach der Ausführung in N. 6 beantwortet sich die Frage, ob eine konkrete Urk. als eine öffentliche anzusehen sei, nicht, wie meist (insbs. auch von RG. II 26. Juni 83 E. 8 372, III 24. Jan. 98 G. 46 116, btr. Ausstllg. von Urk. durch Anhaltische bzw. Oldenb. Beamte in Preußen) angenommen wird, nach den Gesetzen ihres (vorgeblichen) Entstehungsortes, sondern nach Maßgabe „des Rechts desjenigen Staates, dem der Aussteller der Urk. angehört“; Rubo N. 5. Erkennt freilich der Staat des Entstehungsorts die Behörde o. Urkundsperson und ihre Amtstätigkeit als solche nicht an, so kann die Urk. in ihm als öffentl. nicht gelten; Binding Lb. 2 217, P. Merkel Urkunde S. 380.

Was insbs. das Erfordernis der Beobachtung der „vorgeschriebenen Form“ anbetrifft, so mag es unter Umständen, falls sie nicht etwa durch Gesetz (vgl. G. btr. Organisation der Bundeskonsulate v. 8. Nov. 1867 § 15), o. allg. verbindliche Dienstanweisung vorgeschrieben sind (Binding aO. 216, P. Merkel aO. 344), weder auf Unterschrift, noch auf Siegel, noch auf einen sonstigen ausdrücklichen Beglaubigungsvermerk des Herstellers der Urk. ankommen nnd die Form einen mehr o. weniger willkürlichen Charakter annehmen; dennoch aber erfordert der Begriff der öffentl. Urk. mit Notwendigkeit die Beobachtung der für sie durch Gesetz zc. vorgeschriebenen (RG. IV 7. Mai, III 8. Nov. 97, E. 30 118, 369) oder der herkömmlichen (RMG. I 12. Feb. 03 E. 4 210) Form, soweit sie für wesentlich zu erachten ist, derartig, daß das Fehlen auch nur eines der wesentlichen Erfordernisse dem Schriftstück den Charakter der öffentl. Urk. entzieht (soweit nicht das Abs. 3 Bemerkte Platz greift); RG. I 21. Mai 83, II 23. Okt. 94, E. 8 409, 26 158, III 29. März 83, 31. Mai 86, R. 5 199, E. 14 175, IV 17. Juni 92, 3. Okt. 93, 6. Okt. 96, E. 23 205, 24 281, 29 92. Keineswegs ist hiernach einer Urk. der Charakter als einer öffentlichen schon bei jeder Mangelhaftigkeit der Form abzusprechen; RG. zit. R. 5 199, II 2. Apr. 86 R. 8 247 (letzteres btr. Mängel eines nach der PrV. v. 13. Feb. 1843 ausgestellten Pferdeveräußerungsattestes), I 10. Jan. 84, IV 24. Juni 85, 8. Dez. 96, E. 10 35, 12 331, 29 241 (letzteres btr. der nach PrALR. bzw. AGO. erteilten Taufscheine). Vgl. übrigens btr. der Form der Anordnung einer vorläufigen Festnahme seitens der StAschaft RG. IV 10. Dez. 86 E. 15 110. Obschon nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden ist, welche Form wesentlich sei, so wird doch im Zweifelsfalle die vorgeschriebene Form auch als notwendig anzusehen (Binding aO., P. Merkel aO. 346), u. durchweg zu verlangen sein, daß aus der Urk. hervorgehe, welche Behörde sie ausgestellt bzw. welche Stellung ihr Aussteller hat; P. Merkel aO. 349.

Mit Rücksicht darauf, daß eine öffentl. Urk. einen ganz verschiedenen Inhalt haben kann, ist es möglich, daß eine Urk. durch einen Mangel, der nur auf einen Teil des Inhalts sich bezieht, in bezug auf diesen Inhalt die Eigenschaft der Beurkundung verliert, im übrigen aber behält; zit. RG. E. 12 331 (das in einer Zwangsvollstreckung aufgenommene Versteigerungsprotokoll verliere die Eigenschaft einer öffentl. Urk. nicht unbedingt dadurch, daß die durch ZPO. § 762⁴ zwingend verlangte Unterschrift derj. Person, mit der verhandelt ist, sowie die Angabe des Grundes dafür fehlten).

Eine einfache (unbeglaubigte) Abschrift einer öffentl. Urk. entbehrt jeglicher Form und kann deshalb aus diesem Grunde selbst eine öffentl. Urk. nicht darstellen; zu diesem Ergebnisse gelangt auch RG. IV 3. Okt. 93 E. 24 281, jedoch aus dem Grunde, daß einer solchen Abschrift einer öffentl. Urk. im allg., soweit ihr nicht durch besondere Gesetze Beweiskraft beigelegt werde, die Beweisfähigkeit (N. 3d) und damit die Urkundeneigenschaft überhaupt mangele. Es muß jedoch, da eine gewisse Form zum Begriffe der öffentl. Urk. gehört (Abs. 2), für ausgeschlossen erachtet werden, daß eine einfache Abschrift selbst als öffentl. Urk. gelten könne (vgl. jedoch N. 9d); sie wird auch nur ausnahmsweise den Charakter einer Privaturk. tragen können (N. 18c). Das Gesagte gilt namentl. dann, wenn ein Schriftstück durch den Vermerk „gez.“ vor einer Namensunterschrift selbst als bloße Abschrift sich bezeichnet (zit. RG. E. 24 281) oder wenn vor der Unterschrift ein „p“ sich befindet, wodurch darauf hingewiesen wird, es rühre die Unterschrift nicht von dem zuständigen Beamten o. seinem berufenen Vertreter her, sd. von einem Dritten, der als solcher amtliche Verrichtungen gar nicht ausüben könne; RG. II 3. März 03 E. 36 129. Die Ab-

schrift, insbs. auch einer bloßen Privaturk., wird dagegen zur öffentl. Urk., wenn sie von einem zuständigen Beamten in vorschriftsmäßiger Form beglaubigt ist; RG. III 19. Feb. 83 A. 7 322. Es sind deshalb die von Pr.Notaren bei den Akten zurückbehaltenen begl. Abschriften, einschl. der Gebührenrechnungen, öffentl. Urk.; RG. IV 17. Sept. 01 E. **34** 360.

Die Nichtbeobachtung von Vorschriften über den Inhalt einer öffentl. Urk. ist in der hier in Betracht kommenden Hinsicht gleichgültig; RG. III 22. Jan. 83 R. **5** 56. Deshalb wird auch die unrichtige Abschrift einer Urk. durch amtl. Beglaubigung zur öffentl. Urk.; zit. RG. A. 7 322.

Ob die amtl. Beglaubigung einer Urk. (vgl. die letzten beiden vorangehenden Absätze) diese ganz o. nur zum Teil zu einer öffentl. macht, hängt vom Inhalt der Beglaubigungsformel ab; nur soweit die Beglaubigung reicht, wird die Urk. eine öffentliche. Ist nur die Unterschrift o. eine bestimmte Eigenschaft des Ausstellers beglaubigt, so erhält auch nur die Unterschrift i. B. mit dem Beglaubigungsvermerk die Eigenschaft einer öffentl. Urk.; ist Text und Unterschrift zuständigerweise beglaubigt, so ist die ganze Urk. eine öffentliche; Binding aO. 217, P. Merkel aO. 373; vgl. die N 8 III i zitt. RG. E. **34** 114, **36** 327, **38** 51.

8) In der Praxis des RG. bzw. wo angegeben des RMG. (vgl. außerdem §§ 271 N. 2, 348 N. 8 I) ist für eine „öffentl. Urkunde" erachtet worden:

I. nach Reichsrecht:

a. ein gemäß der StPO. im Vorverfahren o. in der Hauptverhandlung aufgenommenes gerichtliches Protokoll; I 27. Apr. 80, II 18. Feb. 81, R. **1** 686, **3** 58; eine von der zuständigen Behörde, insbs. der StAschaft u. Gefängnisverwaltung, geführte Strafliste; II 21. Jan. 29. Nov. 81, E. **3** 204, **5** 175;

b. die Bekanntmachung eines Gerichtsvollziehers gemäß ZPO. § 816 über eine an einem bestimmten Orte zur bestimmten Zeit abzuhaltende Versteigerung; II 10. Okt. 84 R. **6** 613 (btr. § 133); die beglaubigte Abschrift der Zustellungsurk., welche nach den Vorschriften der ZPO. § 190 bzw. StPO. § 37 dem Adressaten der Zustellung übergeben wird; III 31. Mai 86 R. **8** 417, II 14. März 90 G. **38** 59;

c. die Eintragung seitens eines Standesbeamten in ein Standesregister; II 20. Mai 81 E. **4** 198; ein vorschriftsmäßiger Auszug aus dem Standesregister, auch wenn durch die Eintragung selbst die btr. Tatsache nicht bewiesen werden würde; das N. 9a zit. RG. R. **9** 124;

d ein an zollpflichtige Waren gemäß VZG. (insbs. § 159) angelegter Bleiverschluß; I 23. Dez. 85, II 1. Feb. 87, E. **13** 193, **15** 214; eine auf Grund des BrausteuerG. § 16 der Steuerhebestelle eingereichte u. dort mit Quittung über die entrichtete Steuer versehene schriftl. Brauanzeige, insbs. auch bezügl. des in ihr deklarierten Bierzuges; I 25. Juni 91 E. **22** 90;

e. ein auf Grund des JAVG. §§ 101 ff. (InvVG. §§ 131 f.) von zuständiger Stelle in vorgeschriebener Form für eine bestimmte Person ausgefertigte Quittungskarte bereits vor Einklebung der Versicherungsmarken; IV 17. Juni, 9. Dez. 92, 27. Okt. 93, E. **23** 178, 335, **24** 348, letztere bei Verfälschung einer solchen Karte die Anwendbarkeit des § 363 (das. N. 3) verneinend; zustimmend Binding Lb. **2** 218 N. 7 Nr. 14; gg. die Annahme der Quittungskarten als öffentl. Urk. Silbermann ZStrW. **22** 68 f.; im übrigen vgl. jetzt Inv.-VG. § 184_3, wodurch die den § 151 des früheren JAVG. btr. Rechtsprechung ihre Bedeutung verloren hat;

f. eine mit den vorgeschriebenen Vermerken der Postbeamten versehene Postanweisung; RG. IV 14. Apr. 93 E. **24** 130; ebenso RMG. I 19. Feb. 03 E. **4** 225, sowie im Ergebnis Davidsohn Urkundendel. an Postanweisungen S. 32; dagegen zu Unrecht Beling ZStrW. **18** 295;

g. eine vom Bezirksfeldwebel in den Militärpaß eingetragene Bescheinigung über eine Meldung von Mannschaften des Beurlaubtenstandes; IV 28. Juni 01 E. **34** 302 (vgl. jedoch btr. Bezirkskommandos das N. 9a zit. E. **30** 118);

h. Gepäckscheine im Gebiete der Pr. Staatseisenbahnverwaltung; III 28. Nov. 04 E. 37 318, wesentlich unter Bezugnahme auf die EisenbahnverkehrsO. §§ $32_{2,4}$, 33 (s. u. III g);

i. die bei den Kompagnien zc. geführten Truppenstammrollen u. die Stammrollen über die Kapitulanten; RMG. II 10. Juni 03 E. 5 191;

k. ein ordnungsmäßig ausgestellter (s. u. N. 9d aE.) milit. Urlaubspaß(-schein); RMG. III 9. Okt. 01, II 11. Feb. 03, III 11. Okt. 04, E. 2 29, 4 195, 7 289 (s. dagegen wg. einer Urlaubskarte u. N. 9f);

II. nach dem in den Reichslanden geltenden Recht: die zur Gültigkeit der Zahlungsanweisung eines Bürgermeisters erforderliche Genehmigung des Kreisdirektors; I 23. Apr. 88 E. 17 328;

III. nach Preußischem Recht:

a. die von einer Klassensteuer-Einschätzungskommission aufgestellte Veranlagungsliste; RG. II 27. Mai 84 R. 6 379 (vgl. jetzt PrEinkommenstG. v. 24. Juni 1891 §§ 31 ff.);

b. ein auf Grund der V. v. 13. Feb. 1843 über die Legitimation zur Veräußerung eines Pferdes auszustellendes Attest; II 2. Apr. 86 R. 8 247;

c. ein von einem öffentl. Fleischbeschauer in Gemäßheit des G. v. 9. März 1881 innerhalb des durch die btr. PolV. ihm angewiesenen Geschäftskreises ausgestelltes Attest; II 27. Jan. 88, III 13. März 90 E. 17 94, 20 313; bzw. der von ihm bewirkte Stempelabdruck auf dem untersuchten Fleische; IV 22. Sept. 96 E. 29 67;

d. eine vom Vorsteher einer HannovLandgemeinde ausgestellte Bescheinigung über ein von einem Gemeindemitgliede erlittenes Brandunglück (s. u. N. 9a); III 20. Dez. 79 R. 1 166;

e. ein in eine amtlich (PrG. btr. die Eichungsbehörden v. 26. Nov. 1869) nicht geeichte Wage unbefugt eingefügter echter Eichstempel; I 9. Jan. 93 E. 23 378;

f. ein auf. landespolizeil., auf Grund des ViehseuchenG. §§ 7², 8 (F. v. 1. Mai 1894) erlassener, Anordnung von dem zuständigen Revisor in vorgeschriebener Form ausgefertigtes Ursprungszeugnis für Schweine; II 23. Okt. 94 E. 26 158;

g. eine von der zuständigen Stelle der Staatseisenbahnverwaltung ausgestellte Fahrkarte (s. u. V); II 12. Nov. 95 E. 28 42 (insbs. über die Frage sich verhaltend, ob der der Fahrkarte zukommende öffentl. Glaube auch auf die erforderliche Namensunterschrift des Karteninhabers sich erstrecke);

h. ein von dem Pfarrer einer katholischen Kirchengemeinde ausgestellter Taufschein; IV 21. Nov. 85, 8. Dez. 96, R. 7 681, E. 29 241 (vgl. auch § 271 N. 2a sowie § 132 N. 2_1; aM. Binding Lb. 2 212 N. 2);

i. ein nach Maßgabe bestehender Regierungsverordnungen ausgestellter sog. Wildschein, zwar nicht in s. Gesamtheit, aber insoweit, als der Amtsvorsteher die Eigenschaft des Ausstellers der vorangehenden Erklärung als des in dem btr. Bezirke Jagdberechtigten bezeugt; II 1. Feb. 01 E. 34 114; beistimmend und erläuternd IV 11. Juli 03 E. 36 327; vgl. auch III 8. Mai 05 E. 38 51 sowie o. N. 7 letzt. Abs.;

k. ein notarielles Zeugnis btr. Übereinstimmung von Abschrift u. Urschrift, auch insoweit es nur um die auf dem Notariatsakt befindliche Gebührenrechnung sich handelt; IV 17. Sept. 01 E. 34 360;

l. die von den Verwaltungen städt. Leihämter ausgestellten Pfandscheine, wenigstens für die Regel, falls näml. der Verwaltung die Eigenschaft einer Behörde zukommt; FS. 28. Juli 03 E. 36 363;

m. ein Gepäckschein einer Staatseisenbahnverwaltung; das o. Ih zit. E. 37 318;

IV. nach Bayerischem Recht:

a. die Fleischbeschaubücher (in Oberfranken); I 22. Okt. 83 E. 9 139;

b der Abdruck eines polizeil. Stempels, wodurch die erforderliche polizeil. Genehmigung zum öffentl. Anschlage der Ankündigung einer Privatperson dargetan wird; I 12. Jan. 85 E. 12 17;

c. das Zeugnis einer Ortspolizeibehörde, durch welches die Dauer des Besitzes eines zur Preisbewerbung vor die Prämiierungskommission des Landesgestüts vorzuführenden Pferdes bestätigt wird; I 25. Feb. 86 E. 13 367;

V. nach **Württemb Recht**: ein von einer Kgl. Eisenbahndirektion ausgestelltes Eisenbahnbillet, insbs. eine Freikarte (s. o. III g); I 21. Mai 83 E. 8 409 (zustimmend: Frank N. IV 1 b, P. Merkel Urkunde S. 367 f.; aM. Binding Lb. 2 214 N. 1);

VI. nach **Badischem Recht**: ein von einem Fleischbeschauer ausgestellter Gesundheitsschein; I 2. Mai 89 E. 19 197; ein Kilometerheft der bad. Staatsbahnen; I 27. März 05 G. 52 (ebenso: Frank N. IV 1 b, P. Merkel aO. 370; aM. Binding aO. 213);

VII. nach **Hessischem Recht**: ein von der Hochschule zu Darmstadt nach Maßgabe ihrer Verf. ausgestelltes Diplom-Zeugnis; IV 7. Juli 05 E. 38 .

9) Dagegen wurde (vgl. außerdem §§ 271 N. 2, 348 N. 8 II) die Eigenschaft einer Urk. als „öffentlicher" in der Praxis des RG. bzw., wo bemerkt, des RMG. **verneint**, und zwar:

a. weil die öffentl. Behörde **nicht innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse** handelte bzw., die Echtheit vorausgesetzt, gehandelt haben würde:

btr. einer von Schulzen u. Schöffen einer **Westpr** Dorfgemeinde ausgestellten Schrift, in der einem gegen Brandschaden Versicherten behufs Erhebung der Versicherungssumme die Wiederaufrichtung des abgebrannten Gebäudes bezeugt wurde; II 3. Juni 81 E. 4 246;

btr. einer vom Gerichtsvorsitzenden ausgestellten und unterzeichneten Ladung eines Angekl. zur Hauptvhdlg. (weil StPO. § 213 diese Funktion der StAschaft zuweise); IV 13. Juli 88 E. 18 76; btr. Eintragung eines **vor** dem Inkrafttreten des PersonenstdsG. stattgehabten Geburtsfalles in das standesamtl. Register; II 11. Feb. 87 R. 9 124; btr. eines als Geburtsattestes seitens eines linksrheinischen Geistlichen selbst **vor** Inkrafttreten des PersonenstdsG. erteilten Taufscheines (weil die Ausnahme des § 73 das. diesen Geistlichen gegenüber keine Anwendung finden könne); IV 19. Apr. 87 R. 9 250;

btr. einer vom Bezirkskommando (statt vom Bezirksfeldwebel; vgl. N. 8 I g) in den Militärpaß einer zu den **Mannschaften** des Beurlaubtenstandes gehörigen Person eingetragenen Bescheinigung über Meldung einer solchen; IV 7. Mai 97 E. 30 118 (aM. Frank N. IV 1 b);

btr. einer von einem Gemeindevorsteher in den 7 östl. Pr. Provinzen vorgenommenen Bescheinigung der Richtigkeit der Abschrift einer Urk.; IV 19. Apr. 98 E. 31 110;

b. weil der Aussteller **keine öffentl. Behörde** bzw. nicht als eine zur Vertretung einer solchen berufene Urkundsperson anzusehen war und die Urk. auch nach ihrem Inhalte nicht den Schein zu erwecken imstande war, als sei sie von einer Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit aufgenommen:

btr. einer von einem im Gebiete der PrLandgemeindeverf. v. 14. Apr. 1856 zur Prüfung der Gemeinderechnungen gewählten Ausschusses der Gemeindeversammlung ausgestellten Entlastungserklärung; II 13. März 85 E. 12 91;

btr. einer Zustellungsbescheinigung, welche von einem formlos bestellten Zustellungsbeauftragten ohne Beifügung eines Amtscharakters vollzogen war; III 15. Juni 85 E. 12 270;

btr. eines Berichtes eines Pr. Richters über eine im Auftrage des Oberlandesgerichtspräsidenten bei einem Notar vorgenommenen Revision; II 9. Okt. 94 E. 26 138;

btr. der Impfscheine u. Listen der Impfärzte; II 28. Apr. 96 E. 28 332 (zustimmend Binding Lb. 2 220 N. 7 III Nr. 8; aM.: Frank N. IV 1 a, P. Merkel Urkunde S. 337);

c. weil die mit öffentlichem Glauben versehene Person bei Ausstellung der Urkunde **nicht innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises** (sondern als Privatmann) handelte:

btr. der für einen Privatmann seitens eines angestellten gerichtlichen Dolmetschers gefertigten Übersetzung einer ausländischen öffentl. Urk.; II 29. Nov. 81 E. 5 255;

btr. der dem **Auftraggeber** erteilten Quittung eines Gerichtsvollziehers für seine Gebühren u. Auslagen; I 20. Apr. 82 R. 4 361;

btr. der von öffentl. Fleischbeschauern in Gemäßheit des PrG. v. 9. März 1881 ausgestellten Bescheinigungen, um die Einfuhr von Fleisch in Stadtgemeinden, welche Schlachthäuser mit Schlachthauszwang errichtet haben, zu ermöglichen; II 27. Jan. 88 E 17 94;

btr. eines auf einen Briefumschlag aufgedruckten Postaufgabestempels; I 16. Dez. 97 E. 30 381 (s. u. unter d);

d. wg. mangelnder formeller Beweiskraft bzw. Form einer öffentl. Urk.:

btr. einer einfachen Abschrift einer öffentl. Urk., soweit nicht einer solchen durch besondere Gesetze Beweiskraft beigelegt wird; IV 3. Okt. 93 E. **24** 281 (s. o. N. 7_4);

btr. eines pfarramtl. Zeugnisses, dem das herkömmlicherweise zur öffentl. Beglaubigung erforderliche Amtssiegel fehlte; III 29. März 83 R. **5** 199;

btr. der polizeil. Anzeige eines Schutzmanns wegen einer strafb. Hdlg.; II 20. Nov. 83 R. **5** 724 (btr. § 271);

btr. des mit dem Portovermerk versehenen Abschnittes zu den Postpaketadressen; I 15. Juni 85 E. **15** 323; btr. einer von einem Postbeamten in einem Posteinlieferungsbuche unter Beidrückung des Aufgabestempels, jedoch ohne Namensunterschrift, erteilten Quittung; III 8. Nov. 97 E. **30** 369 (s. o. unter c);

btr. der seitens der Steuerbeamten gemäß BranntweinstG. v. 8. Juli 1868 §§ 10, 24 f. auf die Betriebspläne der Steuerbeamten gesetzten Vermerke; IV 21. Juni 89 E. **19** 352;

btr. eines vom Richter nicht vollzogenen Zahlungsbefehls im Mahnverfahren (ZPO. § 689; vgl. auch PrGeschäftsO. f. d. Gerichtsschreibereien d. Amtsg. v. 26. Nov. 1899 § 24); IV 17. Juni 92 E. **23** 205;

btr. eines von einem Fleischbeschauer bewirkten, weder nach Form, noch nach Inhalt der btr. RegierungsV. entsprechenden, Stempelabdruckes auf untersuchtem Fleische; IV 22. Sept. 96 E. **29** 67;

btr. eines von einem Pr. Schiedsmann nicht gemäß § 28 der PrSchiedsmannsO. v. 29. März 1879 in das dazu bestimmte Protokollbuch eingeschriebenen Vergleiches; IV 6. Okt. 96 E. **29** 92 (btr. § 348);

btr. eines zwar ordnungsmäßig unterzeichneten, aber mit einem ordnungswidrigen Stempel versehenen Urlaubspasses (s. o. N. 8 Ik); **RMG**. III 9. Nov. 01 E. **2** 54;

e. wg. mangelnder Verpflichtung einer öffentl. Behörde bzw. eines Beamten zur Ausstellung der Urk.: btr. der durch § 23 GebührenO. f. Gerichtsvollzieher (F. v. 20. Mai 1898) vorgeschriebenen (jedoch nicht vom Gerichtsvollzieher persönlich anzufertigenden) Kostennoten; **RG**. I 4. März 89 E. **19** 62;

f. weil lediglich eine innere militärdienstl. Angelegenheit (N. 5_2) btr.: eine zum Ausbleiben über Zapfenstreich berechtigende Garnison-Urlaubskarte; **RMG**. II 17. Dez. 02 E. **4** 86 (vgl. dagegen wg. Urlaubspasses N. 8 Ik sowie o. d aE.)

Rechtserhebliche Privaturkunden. N. 10—22.

10) Eine jede Urk., die nicht für eine „öffentliche" in dem N. 5 erläuterten S. zu erachten, ist eine „Privaturkunde"; der Zusatz „Privat" bezeichnet lediglich soviel als „nicht öffentlich"; **RG**. II 30. Okt. 82, 4. Nov. 87, E. **7** 194, R. **9** 555, Binding Lb. **2** 210.

Wie schon N. 4 hervorgehoben wurde, kommt aber nicht jede Privaturk. als Objekt der Urkflschg. in Betracht, sondern nur „eine solche, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist" (vgl. eine ausführl. Darstellung der Auslegung dieser Worte bei P. Merkel Urkunde S. 381 f.), weshalb ev. bei Anklageerhebung wg. Flschg. einer öffentl. Urk. vor Verurtlg. wg. Flschg. einer Privaturk. die Hinweisung gemäß StPO. § 264_1 zu erfolgen hat; **RG**. II 11. Nov. 92 E. **23** 279. Da es hiernach genügt, wenn die Privaturk. für den Beweis irgend eines Rechtes o. Rechtsverhältnisses von Erheblichkeit ist, so erscheint die Ansicht von Merkel HRl. „Urkflschg.", daß durch eine Privaturk. i. S. des § 267 der Aussteller verpflichtet erscheinen müsse, nicht richtig; **RG**. IV 10. Apr. 88 E. **17** 298, II 25. Okt. 01 G. **48** 439. Gemeint sind allerdings nur Rechte 2c. im eigentlichen Sinne, nicht Befugnisse, die jedermann zustehen; **RG**. IV 12. März 95 E. **27** 91.

Liegt dieses besondere Erfordernis neben den allg. Erfordernissen einer jeden Urk. im technisch-juristischen S. (N. 3) vor, so ist es gleichgültig, ob die Privaturk. eine „inländische oder ausländische" ist; denn wenn auch dieser, bei den „öffentlichen Urkunden" zur Vermeidung etwaiger Zweifel (vgl. § 275 N. 2) ausdrücklich betonte, Zusatz grammatikalisch auf die Worte „oder eine solche Privaturkunde, welche . ." nicht mit zu beziehen ist, so

läßt doch, wie die GM. mit Recht annimmt, ein sachlicher Unterschied zwischen inl. und ausl. Privaturkunden sich nicht machen.

11) Die **Rechtserheblichkeit** einer Urk., d. h. deren Bestimmung als Beweismittel für rechtlich erhebliche Tatsachen zu dienen, ist zwar ein allg. Erfordernis einer jeden Urk. i. S. des StGB. (N. 3c), allein es erscheint aus praktischen Gründen geboten, an dieser Stelle auf die Frage, wann eine Urk. rechtserheblich sei, näher einzugehen, weil gerade bei Privaturkunden i. S. der §§ 267 ff. dieser Punkt häufig zu Zweifeln Anlaß bietet; vgl. übrigens auch §§ 271 N. 4, 348 N. 3.

Eine Tatsache ist **rechtserheblich**, wenn sie für sich allein oder in Verbindung mit anderen Tatsachen die Entstehung, Erhaltung, Veränderung oder Erlöschung eines „**Rechtes oder Rechtsverhältnisses**" (gleichbedeutend u. deshalb zweifellos eine alternative Feststllg. zulassend; Binding Lb. 2 203 N. 1, Wertheimer Mischgesetze S. 58) bewirkt; **RG.** I 15., II 20. Jan. 80, 22. Sept. 82, R. **1** 233, E. **1** 155, **7** 47.

Gleichgültig ist, ob es um ein **privates** oder um ein **öffentliches** Recht sich handelt, bzw. ob das zu erweisende Recht o. Rechtsverhältnis in diesem o. in jenem wurzelt; so die GM., insbs. **RG.** zit. E. 7 47, III 12. März 83 E. **8** 187, IV 19. Apr. 87, 7. Mai 97, R. **9** 250, E. **30** 118. Deshalb ist eine **stempelpflichtige** Verhandlung, der die Eigenschaft einer öffentl. Urk. nicht beiwohnt, in Rücksicht auf das Stempelinteresse in allen Fällen eine rechtserhebliche Privaturk.; **RG.** II 6. Feb. 85 R. **7** 86, 3. Nov. 93 E. **24** 358 (vgl. auch N. 29 II, 47 Ib); ebenso das Zeugnis einer Hebamme über vorliegende Verhinderung der Angekl. zum Erscheinen in einem Termin vorm Strafgericht infolge Schwangerschaft; **RG.** III 30. Juni 02 G. **49** 278. Auch eine an die StASchaft o. eine andere Behörde gerichtete **Strafanzeige** (ganz abgesehen von der Richtigkeit o. Unrichtigkeit ihres Inhalts; s. u. N. 51b wg. wissentl. f. Anschldgg.), sowie eine sonstige Anzeige an eine Behörde, insofern sie geeignet ist, diese zum Einschreiten zu veranlassen, ist daher von Rechtserheblichkt., da sie für die behördlichen Organe ein **öffentlich-rechtliches** Verhältnis begründet; **RG.** I 20. Dez. 86, IV 15. Mai 88, 11. Nov. 92, R. **8** 770, **10** 396, G. **40** 324. Ähnlich **RG.** II 21. Apr. 99 E. **32** 133 btr. einer an die zuständige Militärbehörde gerichteten, mit falscher Unterschrift versehenen Anzeige, daß eine Person des Beurlaubtenstandes ohne genügende Entschuldigg. der Einberufung zur Kontrollversammlung nicht nachgekommen sei, sowie ferner btr. der dem milit. Vorgesetzten gemachten schriftl. Mitteilung von Tatsachen, die geeignet waren, die Verweigerung eines Urlaubsgesuchs zu rechtfertigen.

12) In der **Praxis** des **RG.** ist für eine rechtserhebliche Tatsache **erachtet** worden:

a. die Zahlung von Geld an eine bestimmte Person (nicht bloß die erfolgte Zahlung überhaupt); III 5. Feb. 81 E. **3** 337 (bei Unterzeichnung einer Quittung seitens des Empfängers mit falschem Namen);

b. der Umstand, daß ein Arrestbeklagter gewisse ihm gehörige Gegenstände verkauft habe (weil darnach ein Arrestgrund gegeben sein könne); II 16. Dez. 81 E. **5** 262 (btr. der schriftlichen, jenen Umstand bekundenden Erklärung eines unbeeidigten Zeugen; s. u. N. 21 II);

c. das außergerichtliche Geständnis, an einer strafb. Hdlg. mitbeteiligt zu sein (namentl. wegen des dadurch für das Recht eines „strafrechtlichen" Einschreitens gegebenen Beweismittels); II 22. Sept. 82 E. 7 47 (btr. einer schriftlichen, an die StASchaft gerichteten, ev. nach StPO. § 248 verlesbaren Eingabe); wg. der bei einer StASchaft eingereichten Strafanzeigen s. o. N. 11_3;

d. die Akzeptation u. die Girierung eines noch nicht mit der Unterschrift des Ausstellers versehenen Wechsels (selbst wenn der Fälscher diese Urkunde irrtümlich für einen vollgültigen Wechsel hält), bzw. die Leistung eines bloßen sog. Blankoakzeptes; I 3., 24. Mai 80, R. **1** 715, 816, III 28. Okt. 82 E. **7** 183; auch eines Blankoindossaments auf einer an eigene Order des Ausstellers lautenden, nicht mit dessen Giro versehenen Tratte; III 18. Mai 93 E. **24** 192 (aM.: Binding Lb. **2** 197, 226 N. 4 III, P. Merkel Urkunde S. 240 N. 2);

e. eine Rechnung; so die u. N. 21 In zitt. Entsch., sowie IV 9. Juni 91 G. **39** 229, auch III 1. Juli 82 R. **4** 660 u. insbs. btr. der Spesennote auf einem Eisenbahnfrachtbriefe III 8. Mai 80 R. **1** 751, wenigstens für den Fall der Annahme von Gut und Frachtbrief seitens des Empfängers (vgl. auch das N. 15a Abs. 2 zit. E. **19** 62 btr. der Kostennote eines Gerichtsvollziehers);

f. die schriftliche Zurücknahme einer Klage beim Amtsgericht (nicht nur in Hinsicht auf ZPO. § 271, sondern auch auf § 168); IV 24. März 93 G. **41** 37;

g. ein von der Verwaltung eines Totalisators ausgegebenes Ticket, gleichviel ob das Gezahlte nach Zivilrecht (vgl. jetzt BGB. § 762) zurückgefordert werden kann o. nicht; III 10. Dez. 94, IV 2. Juni 96, E. **26** 302, **28** 401.

h. Prospekte u. ähnl. Anerbietungen, auch falls sie nicht unter die Vertragsanträge i. S. des BGB. § 145 fallen u. den Urheber rechtl. nicht verpflichten, weil, wenn infolge solcher Prospekte ein Vertrag zustandekommt, deren Inhalt Beweis für die Vertragsbedingungen bilden kann; das N. 10, zit. G. **48** 439;

i. die dem Empfänger eines Schecks bei der Empfangnahme und sodann bei der Einlösung zur Bedingung gemachte handschriftliche Namenszeichnung; II 20. Juni 02 E. **35** 303.

13) Dagegen ist in der Praxis des RG. bzw., wo angegeben, des RMG. für eine rechtserhebliche Tatsache nicht erachtet:

a. die Offerte btr. die kreditweise Überlassung eines in Wirklichkeit gar nicht existierenden Gegenstandes, näml. eines Mittels zur Besiegung des Widerstandes einer sich ablehnend verhaltenden Geliebten; II 1. Juni 83 E. 8 351; die Ausfüllung des Vordrucks auf dem Abschnitt einer Postpacketadresse (Postanweisung) im Verhältnis zur Post, weil diese gar keinen urkundl. Nachweis über den Aussteller fordere; III. 9. Feb. 88 E. **17** 141 (anders dagegen im Verhältnis zwischen Absender u. Adressat; IV 13. Jan. 93 G. **40** 442);

b. eine auf einen fremden Namen lautende Bitte um eine Unterstützung; I 23. Jan. 03 G. **50** 146;

c. eine milit. Urlaubskarte; das N. 9f zit. RMG. E. **4** 86 (94);

d. ein sog. „Urlaubsbuch"; RMG. II 17. Juni 03 E. **5** 199.

14) Die Beweiserheblichkeit für Rechte und Rechtsverhältnisse ist dasjenige besondere Erfordernis, das bei Privaturkunden zu den allg. Erfordernissen hinzutreten muß, um sie als geeignete Objekte der Urkflschg. erscheinen zu lassen (N. 4, 10).

Wie das Erfordernis der Rechtserheblichkeit vorliegt, sobald die Urk. zum Beweise irgend eines Rechtes bestimmt ist (N. 11), so das Erfordernis der Beweiserheblichkeit, sobald die Urk. zum Beweise eines Rechtes in irgend einem geordneten Verfahren, das der Verwirklichung des materiellen Rechtes dient, von Erheblichkeit ist; RMG. I 23. Apr. 03 E. **5** 72. Demnach kommt es nicht bloß auf das geltende Zivil- und Strafprozeßrecht an, sondern auf den Gesamtinhalt der Beweisgrundsätze, die für das Prozeßverfahren im weitesten S. Platz greifen; so v. Schwarze N. 6; vgl. auch Binding Lb. **2** 193; aM.: Mommsen, v. Buri, Riedel, GS. **36** 52, 317, **38** 539, P. Merkel aO. 325 f., 431 f., die Beweiserheblichkeit sei nicht nach prozessualen Regeln, sondern nur nach vernünftigem Ermessen zu bestimmen; nicht die Regeln des „Rechts" entschieden, sondern die des „Rechtsverkehrs" d. h. des gewöhnlichen Verkehrs (der Verkehrsübung), wenn er Rechtsverhältnisse betreffe. Immer aber muß der Urk. die Beweiserheblichkeit nach rechtlichen Grundsätzen, nicht nach irgend welchen allg. Anschauungen zukommen; H. Meyer S. 711.

Die Gestaltung des Prozeßverfahrens, namentl. das Prinzip der freien Beweiswürdigung, hat den Gegensatz zwischen der Bestimmung, als Beweismittel für eine rechtserhebl. Tatsache zu dienen, und der Erheblichkeit für den Beweis derselben zwar einschränken, ihn aber nicht ganz beseitigen können; denn auch die freie Beweiswürdigung ist an gewisse Schranken gebunden, die in der Natur der Sache liegen und vernünftigerweise nicht außer Acht gelassen werden können; vgl. auch John ZStrW. **4** 23 (der Inhalt der Unterscheidung sei der „zwischen dem Mehr o. Minder der Beweiswirksamkeit") u. Mommsen GS. **36** 57 (das „erheblich" enthalte eine allg. Hinweisung auf ein gewisses

nicht ganz unbeträchtliches Maß des innewohnenden Beweiswertes, und ob dieses Maß zureiche, sei im Einzelfalle Sache des richterlichen Ermessens). Unrichtig deshalb Schütze S. 486 N. 11, die Beweiserheblichkeit sei bei jedem Schriftstück anzunehmen, das mit der Bestimmung ausgestellt werde, zum Beweise von Rechtsverhältnissen zu dienen.

15 a) Die Beweiserheblichkeit einer Privaturk. muß „aus ihrem Inhalte, objektiv angesehen, hervorgehen und erkennbar sein", sie muß in „äußeren Merkmalen einen an der Sache selbst hervortretenden Ausdruck gefunden haben"; die Privaturk. muß also als solche nach ihrem Inhalte an sich geeignet sein, für die Entstehung rc. eines Rechtes zu beweisen, während es nicht genügt, daß ein Schriftstück als solches durch die bloße Tatsache seines Daseins zum Beweise von Rechten erheblich ist. So: **RG.** III 4. Feb. 80, 12. März 83, I 13. Feb. 02, II 13. Nov. 03, E. **1** 293, **8** 187, **35** 117, **37** 5 (btr. des letzteren ORA. aM.), IV 9. Juni 91 **G. 39** 229, Hälschner **2** 532, Merkel HRgutachten S. 45, HRl. „Urkflschg." u. HH. **3** 791, Frank N. IV 2, namentl. auch v. Buri **GS. 28** 31 (o. N. 3b). Daraus folgt, daß durch eine Namenszeichnung allein in der Regel (vgl. jedoch N. 19) der Begriff einer Urk. nicht erfüllt werden kann; **RG.** III 23. Mai 92 E. **23** 213, Binding Lb. **2** 197; wohl aber genügt der Namenszug, wenn er, wie z. B. auf einem Gemälde, mit einer mindestens für die Beteiligten verständlichen (obschon in Worten nicht ausgedrückten) Gedankenerklärung sich verbindet; so **RG.** I 29. Dez. 00 E. **34** 53; aM. Binding aO. Es verlangt jedoch Merkel — und ähnlich v. Buri aO. 33 — noch ein mehreres; beliebige, von dem einzelnen willkürlich gewählte Zeichen sollen der Sache die Urkundenqualität nicht verleihen können, vielmehr müßten solche Zeichen gewählt sein, denen Gesetz oder Gewohnheit die Bedeutung beigelegt habe, im Verkehre oder vor Gericht Glauben zu finden. Allein jene Anforderung geht zu weit; denn ist z. B. ein auf Vereinbarung beruhender, zum Beweise rechtserheblicher Tatsachen bestimmter körperlicher Gegenstand geeignet, den Richter erkennen zu lassen, wer — als Aussteller dieses Zeichens — es gegen sich gelten zu lassen verpflichtet ist, so ist nicht einzusehen, warum einem solchen rechts- und beweiserheblichen Gegenstande nicht der Schutz der Urk. zukommen solle; vgl. auch: Hälschner **2** 533, Rubo N. 4, 8, v. Schwarze N. 6 A. 3, P. Merkel Urkunde S. 232 f.

Mangels jener objektiven Eigenschaft wurde die Urkundenqualität in der Praxis des **RG.** verneint: bei der Bezeichnung der Verpackung einer Ware mit der Firma u. der Handelsniederlassung des Versenders, da diese nicht eine Gedankenäußerung des Inhabers des Namens bzw. der Firma Dritten erkennbar machen solle; III 12. März 88 E. **17** 282; btr. der Stempelmarken, die vermöge ihrer rechtlichen Natur als Wertzeichen nur ihre Existenz als solche beweisen und deshalb auch nicht durch den Entwertungsvermerk zu Urk. werden; III 19. Nov. 88 E. **18** 286 (s. auch Börne GS. **41** 387 N. 2); btr. der in Gemäßheit des § 23 GebührenO. f. Gerichtsvollzieher (F. v. 20. Mai 1898) ausgestellten Kostennoten, weil diese lediglich die Willensäußerung ihres Ausstellers enthaltend nur ihren eigenen Inhalt bestätigten; I 4. März 89 E. **19** 62 (s. jedoch o. N. 12e); btr. einer mit Abstempelung verbundenen Durchlochung einer Bahnsteigkarte seitens des Bahnsteigschaffners; IV 23. Okt. 96 E. **29** 118; btr. eines auf eine Stempelmarke gesetzten Entwertungsvermerks, insofern er ausschließlich den Zweck verfolgt, der bisher einen Wert repräsentierenden Marke diesen zu entziehen; I 18. Nov. 97, IV 11. Apr. 99, E. **30** 329, **32** 116; btr. der Bruchstücke verschiedener Briefe, die vom Täter z. Z. der Täuschung, als seien sie Teile eines rechts- u. beweiserhebl. Briefes benutzt wurden; IV 26. Jan. 04 G. **51** 182; u. ebenso btr. einzelner Bruchstücke eines zerrissenen Wechsels, da sie einen selbständigen Gedankeninhalt nicht in sich trügen, sd. nur als Augenscheinsobjekte wirken könnten; IV 12. Juni 03 E. **36** 317. Vgl. auch das N. 13a zit. **RG.** E. **17** 141 (die auf die Abschnitte der Postpacketadresse gesetzten fremden Namen seien nur ein äußeres, in die Augen fallendes Kennzeichen für eine andere Herkunft als aus der Fabrik des Angeklagten, sollten folglich nur als Augenscheinsobjekte wirken) sowie P. Merkel aO. 213 f.

b) Die nach obigem erforderliche objektive Eigenschaft bedingt nicht, daß das fragliche Recht aus der Urk. im vollem Umfange hervorgehe, auch nicht, daß dieses wenigstens bezüglich einiger Begriffsmerkmale zutreffe; vielmehr genügt es, wenn die durch die Urk.

beglaubigte Tatsache in Verbindung mit anderen Beweisen zu einem Schlusse auf die Entstehung ꝛc. eines Rechtes berechtigt (vgl. hierüber Binding Lb. 2 205); nur darf der Inhalt der Urk. nicht bloß zufällig als beweisunterstützend zu anderen außerhalb der Urk. liegenden Beweisgründen hinzutreten, weil es dann an dem Erfordernisse der Bestimmung der Urk. zum Beweise von Rechten (s. o. N. 3, 10) fehlen würde. So die GM., insbs. RG. III 4. Feb. 80, I 31. Jan. 81, II 19. Mai 82, 29. Okt. 84, E. 1 293, 4 3, 6 289, 11 183, III 1. Juli 82 R. 4 660. Vgl. jedoch bezügl. des letzteren Satzes RG. III 20. März 84 E. 10 304, es bedürfe nicht notwendig der Unterschrift des Ausstellers einer Quittung, um in Verbindung mit der aus dem Besitze der Urk. zu folgernden Aushändigung derselben an den Schuldner einen, wenn auch nicht immer vollen Beweis, für die Tatsache der durch sie bekundeten Erfüllung zu liefern; aM. P. Merkel aO. 399, 411.

16) Es genügt, wenn die Urk., als echte, irgend ein Recht zu beweisen geeignet sein würde, mag auch der Aussteller daran nicht gedacht haben, ja selbst zu seinem Beweise gerade nicht haben beitragen wollen und mag andererseits der Beschädigte es aus der Urk. nicht entnommen haben; RG. I 1. Apr. 89 E. 19 113, 21. Okt. 80, 11. Jan. 86, IV 6. Apr. 86, R. 2 366, 8 30, 262, Geyer 2 101, v. Liszt S. 523. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, die Beweiserheblichkeit objektiv (abstrakt) und nicht in bezug auf bestimmte Personen oder Rechtsverhältnisse, d. h. auf die konkreten Umstände, zu prüfen; so RG. I 3. Juni 80, IV 28. Feb. 99, E. 2 173, 32 56 (letzteres unter Hinweis auf die früher abweichende Ansicht einzelner Senate; s. N. 39), I 19. Okt. 82, IV 19. Apr. 87, R. 4 750, 9 250; aM.: Binding Lb. 2 203 N. 3, v. Schwarze N. 11, Fuchs G. 19 667 ff. So ist ein in Pr. geschlossener schriftl. Vertrag, wenn er einen 150 M. übersteigenden Wertgegenstand betrifft, nicht bloß für das Verhälnis der Vertragschließenden untereinander, sondern (nach PrStempelstG. v. 31. Juli 1895 § 4a) auch für die Stempelpflichtigkeit erheblich; RG. II 1. Nov. 87 E. 16 262.

17) Die Beweiserheblichkeit einer Urk. kann durch Gesetz, z. B. ZPO. § 416 (s. u. N. 18a), positiv bestimmt sein. Es kann aber auch der Grad der Beweiserheblichkeit nach richterlichem Ermessen abzuschätzen sein; vgl. z. B. ZPO. § 419 (s. u. N. 19_2); RG. III 9. Feb. 81 E. 4 4 (btr. Handelsbücher), I 16. März 82 R. 4 248.

18) Als beweiserhebliche Privaturk. kommen zunächst Schriftstücke in Betracht, d. h. diejenigen körperlichen Gegenstände, auf denen Sprachzeichen angebracht sind; Rubo N. 4.

a) Unter diesen nehmen wiederum die erste Stelle ein „die vom Aussteller unterschriebenen oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichneten", weil diese nach ZPO. § 416 vollen Beweis dafür begründen, daß die in dem Schriftstücke enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller abgegeben sind, auch nach § 440 das. die über der echten Unterschrift bzw. dem beglaubigten Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich hat.

b) Den zu a bezeichneten Priraturk. stehen die am nächsten, bei denen die Unterschrift nicht in einer Urschrift besteht, sondern durch mechanische Vervielfältigung — namentl. Druck, Lithographie, Stempelabdruck, Hektographie — hergestellt ist; auch solchen Schriftstücken fehlt es keineswegs unbedingt an „Beweiserheblichkeit", vielmehr kann sie den Umständen nach anzunehmen sein; so die GM., insbs. RG. III 20. März 84, IV 11. Dez. 85, II 26. Jan. 97, E. 10 304, 13 168, 28 357, II 11. Dez. 96 G. 44 388. Auch die Unterklebung einer mit dem Namen des Ausstellers bedruckten Oblate o. Marke kann genügen (RG. III 26. Okt. 85 E. 13 71), dsgl. die Anlegung eines Bleiverschlusses; RG. I 23. Dez. 85, II 1. Feb. 87, E. 13 193, 15 214. Ausgenommen sind nur die Fälle, wo das Gesetz die eigenhändige Namensunterschrift erfordert, wie beim Wechsel nach dem Sinne der Nr. 5 der WO. Art. 4 (vgl. das zit. RG. E. 10 304) oder nach ausdrücklicher Vorschrift des BGB. §§ 126 f., 2231 Nr. 2.

c) Der einfachen Abschrift einer Privaturk. mangelt zwar für die Regel die Beweiserheblichkeit (RG. III 19. Feb. 83 A. 7 322), aber unbedingt ist ihr diese und somit die Eigenschaft einer Privaturk. i. S. des § 267 nicht abzusprechen (vgl. dagegen btr. einer solchen Abschrift einer öffentl. Urk. N. 7_4). Sie kann vielmehr unter Umständen die rechtl.

Stelle der Urschrift übernehmen, dann nämlich, wenn sie dem Willen des (angeblichen) Ausstellers gemäß entstanden und in den Rechtsverkehr gelangt ist, also selbst die Urschrift sein will und soll; unter dieser Voraussetzung liegt der Fall dem der mechanischen Vervielfältigung der Unterschrift gleich (b); so: **RG.** III 3. Dez. 94 **E. 26** 270, das zu b zit. **E. 29** 357, III 30. März 05 **G. 52** (Täter hatte über ein angeblich getroffenes Abkommen ein Schriftstück, zunächst ohne Unterschrift, gefertigt, hiervon eine Pauskopie in s. Kopierbuch hergestellt u. unter diese im Wege der Kopie eine neue ihm zugängliche Unterschrift des angeblichen Gegenkontrahenten gesetzt, so daß es nur um den äußeren Anschein einer Kopie, in Wahrheit aber um die Herstellung einer Urschrift sich handelte); vgl. auch III 2. Feb. 02 **E. 35** 145 btr. der zurückbehaltenen Abschriften von Handelsbriefen eines Vollkaufmanns wg. der nach ihrer Entstehung daran begründeten Rechte Dritter zur Einsicht in den unveränderten Inhalt; ferner: Rubo N. 4, v. Schwarze N. 9a, Mommsen GS. **36** 56; in der Sache auch Binding Lb. **2** 209 (Urk. sei nur das Original; die Kopie könne aber durch den Willen des Ausstellers zum Original werden), sowie Frank N. III 2a; aM. P. Merkel Urkunde S. 255 f. Die private Beglaubigung einer Abschrift enthält die Erklärung des Abschreibenden, die Abschrift stimme mit der Urschrift überein, und kann insofern Urk. sein; Frank aO. Wegen der Frage, ob die als eine Umbildung der Aufgabedepesche sich darstellende Ankunftsdepesche eine Urk. sein könne, vgl. N. 41b.

19) Wie kraft besonderer gesetzl. Vorschrift (N. 12d) oder bei getroffenem Übereinkommen (dies bestreitet Binding Lb. **2** 198) die bloße Namensvollziehung, ohne darüberstehenden Inhalt, eine beweiserhebliche Privaturk. sein kann (**RG.** II 19. Mai 82, III 23. Mai 92, **E. 6** 289, **23** 213), so ist andererseits die Unterschrift (i. S. der N. 18a, b) unter einem Schriftstücke nicht ein unbedingtes Erfordernis der Beweiserheblichkeit einer Privaturk. Jedenfalls dann nicht, wenn auf Grund der konkreten Sachlage die Person des wirklichen o. angeblichen Ausstellers anderweitig, sei es aus dem Inhalt o. der Überschrift des Schriftstückes (wie z. B. bei einer Rechnung), sei es aus der Verbindung mit anderen Schriftstücken, sei es aus anderen Umständen (wie z. B. bei Handelsbüchern o. zuf. der Privatübereinkunft der Interessenten) erhellt. So die GM., insbs. **RG.** III 9. Feb. 81, 20. März 84, II 29. Okt. 84, **E. 4** 4, **10** 304, **11** 183, III 1. Juli 82, II 6. Mai, IV 8. Juli 84, **R. 4** 660, **6** 356, 529; aM. Binding aO. 200. Demnach kann auch ein mittels Handzeichens unterzeichnetes Schriftstück eine Urk. darstellen, zumal wenn aus einem beigefügten Vermerke, insbs. einer Beglaubigung, die nicht notwendig (wie nach BGB. § 126 u. ZPO. § 416) eine gerichtl. o. notarielle sein muß, die Person des Unterzeichnenden erhellt (**RG.** zit. **R. 6** 356, IV 21. Juni 92 **E. 23** 180), dsgl. ein mit einer bloßen Namenschiffer versehenes, wie z. B. ein so gezeichnetes ärztliches Rezept (**RG.** IV 16. Apr. 89 **G. 37** 190 [s. u. N. 21 I n], Binding aO. 197), endlich ein mit Namenszug versehenes Gemälde; das N. 15a zit. **RG. E. 34** 53; vgl. III 17. Nov. 02 **E. 36** 15 btr. an einem Tiere angebrachte Namenszeichen; es könne, auch abgesehen von der Verkehrssitte, der auf einer Ware angebrachte Namenszug des Verkäufers o. deren sonstige Kennzeichnung beim Hinzutritt besonderer Umstände urkundl. Beweiskraft erlangen.

Inwiefern der Mangel der Unterschrift die Beweiskraft einer Urk. aufhebe oder mindere, entscheidet das Gericht gemäß ZPO. § 419 nach freiem Ermessen, gerade wie bei sonstigen äußeren Mängeln, als Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen 2c. (N. 17); **RG.** I 16. März 82 **R. 4** 248 btr. einer mit Bleistift durchkreuzten Quittung; vgl. P. Merkel Urkunde S. 254.

Wesentlich ist aber (von gesetzlichen Ausnahmefällen abgesehen; Abs. 4), daß derjenige, von dessen Willensäußerung das Schriftstück seine rechtliche Bedeutung ableitet, in irgendeiner Weise erkennbar sei; Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 793. Deshalb ist ein Schriftstück, wenn nicht der angebliche Aussteller anderweitig erhellt, keine Urk., falls es nur mit „für (pro) N. N." gezeichnet ist; denn aus einer solchen Zeichnung ergibt sich nicht, wer derjenige sei, der angeblich für berechtigt sich erachtet hat, für einen anderen eine rechtserhebliche Tatsache zu bezeugen; **RG.** II 5. März 01 **E. 34** 205 u. auf dieses sich beziehend IV 28. Jan. 02 **E. 35** 94, verneinend, daß ein Schriftstück, dessen Unterschrift in

einer Kollektivbezeichnung („P.'er Bauernschaft") besteht, eine rechtserhebl. Urk. sei, weil dies nur dahin aufzufassen, daß der ungenannte Aussteller die fr. Mitteilung „für" die die P.'er Bauern gemacht habe; vgl. auch das N. 7_4 zit. RG. E. **36** 129, Oppenh.-D. N. 63, Mommsen GS. **36** 55. Das Gleiche gilt, wenn der Inhalt des Schriftstückes selbst ersichtlich macht, daß der ungenannte Verfasser die Namensunterschrift des anderen in dessen Auftrage geschrieben hat; RG. I 18. Nov. 82 E. 8 173.

Anders wenn der Aussteller der Urk. kraft Gesetzes verborgen bleiben soll, wie nach § 10 RTWahlG. v. 31. Mai 1869 der den Stimmzettel Abgebende; hier erhellt die Bestimmung des Wahlzettels zum Beweismittel (N. 14) aus der Niederlegung in die Wahlurne (N. 13c); so RG. III 19. Okt. 91 E. **22** 182; aM.: Binding Lb. **2** 198, Frank N. III 3a, Beling ZStrW. **18** 291, P. Merkel aO. 247.

20) Statt der Sprachzeichen kann aber auch ein körperlicher Gegenstand mit Zeichen versehen werden, die kraft Herkommens o. Vereinbarung im Einzelfalle jene zu ersetzen bestimmt sind; so: Hälschner **2** 533, Lucas S. 383, sowie v. Liszt S. 521 (der jedoch nur den allgemein verständlichen wortvertretenden Zeichen Urkeigenschaft beimißt); aM.: Binding Lb. **2** 182 (s. o. N. 3e), P. Merkel Urkunde S. 216 ff., Brodmann Urkunde S. 23; vgl. auch Frank N. III 3 sowie Teichmann ZSchweizStr. **10** 176 ff. Insofern nun solche Gegenstände die Bestimmung haben, für rechtserhebliche Tatsachen als Beweismittel zu dienen, und in der Tat für beweiserheblich zu erachten sind, können auch sie Privaturk. der in Rede stehenden Art sein; so insbs. RG. III 31. Mai 86 E. **14** 175, allen derartigen symbolischen Beurkundungen sei gemeinsam, daß das durch sie beweiskräftig zu machende konkrete Recht von vornherein feststehe, daß ihnen schon im Augenblicke ihrer Entstehung bzw. ihrer Anwendung die Bestimmung, als Beweismittel für konkrete Rechtsbeziehungen zu dienen, eingeprägt sei. Das Wesentliche für die Frage, ob derartige Zeichen Urkeigenschaft haben, ist also, ob sie lediglich zur Sicherung der Identität der Sache dienen, bzw. ob sie nur die einseitige Behauptung des das Zeichen Veranlassenden über eine den Gegenstd. btr. Beziehung enthalten, oder aber, ob sie nach Herkommen o. Vereinbarung zw. den Beteiligten bestimmt sind, für konkrete rechtl. Beziehungen Beweis zu erbringen u. so im Rechtsleben als Beweismittel zu dienen: dort Unterscheidungszeichen, hier beweiserhebl. Privaturkunden. Vom RG. ist danach: in einem Falle, wo auf Holzhaufen angebrachte Nummern keinen anderen Zweck verfolgten, als die einzelnen Holzhaufen unter sich zu unterscheiden, selbst nach Ausstellung einer die btr. Nrn. tragenden Anweisung die Urkundeneigenschaft verneint worden, weil das Zahlenzeichen ausschließlich ein die Identität des fr. Haufens sicherndes Unterscheidungsmerkmal blieb; zit. E. **14** 175; ebenso in einem Falle des Anschlages mit einem Waldhammer, wo die Bestimmung des Anschlagszeichens unter legalen Verhältnissen nicht festgestellt war; III 12. Apr. 94 E. **25** 244; dsgl. in einem Falle des Gebrauchs von Nummernzeichern im Bergwerksbetriebe als Unterlage für spätere Lohnberechnung, weil sie nach Lage des Falls nur zur Unterstützung der einseitigen Behauptung der Belegschaft über das gelieferte Kostenquantum dienen sollten; III 29. Jan. 96 E. **28** 152; ferner bei Bezeichnung der Verpackung einer Ware mit der Firma des Absenders, weil hier lediglich eine Kennzeichnung durch den Absender vorlag; III 12. März 88 E. **17** 282; endlich bei Anbringung von Namenszeichen auf einem Tiere, weil auch hierdurch nach der Sachlage nur eine Kennzeichnung seitens des Eigentümers bewirkt werden sollte; das N. 19_1 aE. zit. E. **36** 15. Dagegen ist in anderen Fällen, in denen die Zeichen nach Lage des Falls den Charakter von Beweismitteln hatten, vom RG. die Urkeigenschaft bejaht worden, so von: I 31. Jan. 81 E. **4** 3 (btr. einer mit einer Ziffer versehenen Blechmarke), II 29. Okt. 84 E. **11** 183 (btr. eines nur mit Stückzahlen ausgefüllten, aber nicht unterschriebenen Wochenzettels), III 19. Apr. 88 E. **17** 352 (btr. der Stempelung einer Ware — z. B. einer Eisenbahnschiene — auf Grund eines Vertrages, demzufolge nur die abgestempelte Ware zur definitiven Lieferung geeignet sein sollte), II 12. Okt. 00 G. **47** 436 (btr. der in den Warenhäusern den Käufern ausgehändigten und mit dem Kontrollvermerke versehenen sog. Kassenzettel, die als Quittungen gelten.

21) I. In der **Praxis** des **RG.** bzw. wo vermerkt des **RMG.** ist als eine für Rechte ꝛc. **beweiserhebliche Privaturkunde angesehen** worden:

a. ein Frachtbrief (vgl. auch N. 12f); III 18. Dez. 80 E. **3** 169; und zwar auch schon vor Übergabe an den Frachtführer bzw. vor Aufdrückung des Expeditionsstempels; I 11. Jan. 86 R. 8 30;

b. eine von einem gerichtlichen Dolmetscher für einen Privaten angefertigte Übersetzung eines ausl. Geburtsscheines; II 29. Nov. 81 E. **5** 255;

c. die Einzeichnungen der einzelnen Spender mit Namen u. Höhe der Beiträge in eine Sammelliste; I 3. Juli 82 R. **4** 670;

d. die Angabe des Wertanschlages des Pfandgegenstandes in dem Pfandscheine; I 19. Okt. 82 E. **7** 422; die in Bayern von einem gerichtl. verpflichteten Hypothekenschätzer über den Wert von Liegenschaften behufs hypothek. Sicherung einer Forderung abgegebene schriftl. Erklärung; I 26. Nov. 85 E. **13** 112;

e. ein mit der Adresse versehener Post-Briefumschlag; III 16. März 85 E. **12** 170 (aM. Binding Lb. **2** 226 N. 4 II 1);

f. Grundakten in allen ihren Teilen; III 10. Mai 82 R. **4** 470;

g. ein präjudizierter Wechsel; II 5. Feb. 84 R. **6** 89;

h. ein Reklamationsgesuch um Zurückstellg. vom Militärdienst; IV 23. Sept. 84 R. **6** 558;

i. eine schriftliche Ladung i. S. der ZPO.; IV 19. März 86 E. **14** 1;

k. eine schriftliche geschäftliche Empfehlung eines Kreditsuchenden; I 19. Apr. 86 R. 8 298;

l. ein von einem zur Ausstellung öffentl. Urk. über Geburten ꝛc. gemäß Personenstands G. § 73 nicht befugten (linksrhein.) Geistlichen ausgestellter Taufschein; IV 19. Apr. 87 R. **9** 250;

m. eine Rechnung (vgl. N. 12f), auch wenn sie nicht unterschrieben ist; IV 8. Juli 84, I 5. März 88, R. **6** 529, **10** 205;

n. ein ärztliches Rezept, insbs. auch dann, wenn die Person des ordinierenden Arztes nicht den Bestimmungen der PrApothekerO. v. 11. Okt. 1801 § 2a gemäß mit vollem Namen unterzeichnet ist; II 12. Okt. 88 E. **18** 149, IV 16. Apr. 89 G. **37** 190 (N. 19_1);

o. die schriftliche Erklärung des Vaters, daß er zu dem Gesindedienste seines minderjährigen Kindes die Genehmigung erteile (nach PrR.; vgl. jetzt EGBGB. Art. 95 i. V. mit BGB. § 113); II 8. Juli 90 E. **21** 56;

p. eine von den Eltern ausgestellte Bescheinigung btr. Entschuldigung wg. Schulversäumnis eines schulpfl. Kindes; IV 28. Nov. 90 E. **21** 187;

q. die Anzeige eines Gemeindevorstehers, worin ein zu Freiheitsstr. Verurteilter als fluchtverdächtig bezeichnet wird; IV 5. Juli 92 G. **40** 173;

r. eine von vereidigten Taxatoren aufgenommene Grundstückstaxe (nach PrR.); IV 14. Apr. 93 E. **24** 114;

s. der mit der Unterschrift des Postboten versehene Vermerk auf einem unbestellbaren Briefe, daß Adressat verstorben sei; II 9. Okt. 94 E. **26** 118;

t. eine seitens einer Privatperson an ein PrVormundschaftsgericht (vgl. jetzt BGB. § 1774) erstattete Anzeige btr. die Notwendigkeit der Einleitung einer Vormundschaft; II 17. Mai 95 E. **27** 239;

u. die schriftl. Auskunft eines gewerbsm. Auskunftsbüreaus; II 1. März 98 E. **31** 59;

v. ein sog. Beibuch als solches, im Gegensatz zu den in ihm enthaltenen, auf die einzelnen Geschäfte bezüglichen Einträge; IV 7. Juni 98 E. **31** 175;

w. der Holzverabfolgungszettel eines Preuß. Oberförsters; III 17. Okt. 98 G. **46** 431;

x. das schriftl. Verlangen um Aufnahme einer Berichtigung i. S. des PreßG. § 11; II 13. Feb. 00 E. **33** 137;

y. der Namenszug des Malers auf einem von ihm gefertigten Gemälde, nach Verkehrssitte u. auch mit Rücksicht auf G. v. 9. Jan. 1876 § 6; das N. 15a u. 19_1 aE. zit. E. **34** 53;

z. eine kaufmännische Kladde; II 8. Feb. 01 E. **34** 131;

aa. Zifferblätter an sog. Kontrolluhren i. V. mit den daran zu bewirkenden Stichmarken; I 11. Juli 01 E. **34** 435 (aM. Binding Lb. **2** 184 N. 4 I aE.);

bb. die vom Absender selbst bewirkte Eintragung des Tages der Einlieferung einer Postsendung im Einlieferungsbuch des Absenders; I 28. Apr. 02 E. 35 218;

cc. die dem Empfänger eines Schecks zur Bedingung gemachte handschriftl. Namenszeichnung; das R. 12 i zit. E. 35 303;

dd. der Absendervermerk auf einem Briefumschlag; I 11. Mai 03, IV 5. Feb. 04, G. 50 286, 51 185;

ee. ein an eine Zeitungsexpedition gerichtetes Ersuchen um Aufnahme einer Anzeige; I 22. Feb. 04 G. 51 192;

ff. ein Quittungsvermerk der Postordonnanz im Briefabgangsbuch über den Empfang der zur Postbeförderung bestimmten Briefe; RMG. I 23. Apr. 03 E. 5 72.

II. Als eine für Rechte 2c beweiserhebliche Privaturk. ist in der Regel nicht erachtet worden ein schriftliches, unbeschworenes Privat-Zeugnis o. Gutachten, da Auslassungen von Zeugen u. Sachverständigen Beweiserheblichkeit im allgemeinen nur unter der Voraussetzung zuzugestehen sei, daß sie unter Beobachtung der Formen erfolgt sind, welche ZPO. u. StPO. für die Erhebung des Zeugen- und Sachverständigen-Beweises vorgeschrieben haben. Ausnahmen aber können begründet werden durch Gesetz, die Verkehrssitte oder die Vereinbarung der Beteiligten, d. h. sie liegen vor, wenn positive Rechtsnormen die Zeugnisse (Bescheinigungen) Privater für ausreichend erklären oder ihrem Inhalt nach deren Berücksichtigung wenigstens nicht entgegenstehen, oder wenn nach dem Herkommen oder der Vereinbarung der Beteiligten einem Privat-Zeugnis o. Gutachten Beweiserheblichkeit beigelegt wird. Mangels solcher besonderen Verhältnisse ist in der Praxis des RG. privaten Bescheinigungen die Beweiserheblichkeit abgesprochen von: III 12. März 83, 8. Apr. 89, 20. Nov. 93, II 23. Okt. 94, IV 11. Juli 03, E. 8 187, 19 174, 24 395, 26 158 (160), 36 327, III 3. Feb. 92 G. 39 426; dagegen ist ihre Urkeigenschaft anerkannt von: dem R. 12 b zit. II E. 5 262 (btr. ZPO. § 294 i. V. mit § 920), II 21. Feb. 96 E. 28 227 (btr. der Bescheinigung eines Fleischbeschauers auf Grund Ortstatuts), II 4. Nov. 98 G. 46 439 (btr. ZPO. §§ 766, 811[1]), III 30. Juni 02 G. 49 278 (btr. des Zeugnisses einer Hebamme über vorliegende Behinderung zum Erscheinen in einem Termin vor dem Strafgericht durch Schwangerschaft auf Grund des durch StPO. § 370 dem Gericht gewährten freien Ermessens), III 2. Nov. 03 G. 51 50 (btr. eines privatärztlichen Gutachtens nach der speziellen Vereinbarung), IV 30. Okt. 03 E. 36 400 (btr. einer Bescheinigung der Polizeibehörde gegenüber), III 17. Dez. 03 G. 51 56 (btr eines an eine Dienstherrschaft gerichteten Briefes wegen Beurlaubung des Dienstboten mit Rücksicht auf die Verkehrssitte), I 26. Sept. 04 G. 51 410 (btr. der von privaten Sachverständigen abgegebenen Taxen über den Wert eines Grundstücks nach der Übung des Verkehrs, übrigens auch wg. der etwaigen Haftung der Taxatoren im Falle absichtlicher oder fahrlässiger unrichtiger Schätzung u. wg. ihrer Ansprüche auf Honorar), endlich IV 3. Feb. 05 E. 37 378 (unter Verweisung auf die zitt. G. 49 278 u. 51 50 btr. eines privatärztl. Gutachtens zum Zweck der Erlangung von Strafaufschub eines der StAschaft auf Grund des der letzteren nach StPO. § 488 zustehenden Ermessens). Zu der Rechtsprechung des RG. vgl. Binding Lb. 2 198, 226, 227 R. 4 III aE. u. P. Merkel Urkunde S. 433 f. Abgesehen von dem bisher Erörterten können solche Schriftstücke mit Rücksicht auf ihren beleidigenden Inhalt u. die daraus hervorgehende strafr. Erheblichkeit die Eigenschaft beweiserhebl. Privaturk. erlangen; RG. zit. E. 8 187, IV 28. Feb. 99 E. 32 56.

22) Das Urteil darüber, ob eine Privaturk. für den Beweis von Rechten o. Rechtsverhältnissen erheblich sei, gebührt dem Richter der Schuldfrage; es genügt deshalb im schwurgerichtl. Verfahren beispielsweise nicht, daß die Urk. in der Frage als „Wechsel" bezeichnet wird; RG. II 28. Juni 81 E. 4 341.

Die äußere Handlung. R. 23—44.

23) Das Gesetz erfordert zum Tatbestande der Urkflschg. aus § 267 eine aus zwei Akten sich zusammensetzende Handlung: die Herstellung eines falschen urkundlichen Beweismittels und das Gebrauchmachen von ihm zum Zwecke der Täuschung. Beide Einzelhdlgen haben somit die Urk., als Beweismittel, zum Gegenstand und insofern sie die Urk. in

dieser Eigenschaft betreffen, ist ein gesetzgeberisches Interesse für vorliegend erachtet, sie in ihrer Zusammenfassung zum Tatbestande eines eigentümlichen Deliktes zu erheben; RG. III 28. Feb. 80, 5. Feb. 81, E. 1 230, 3 337. Von jener Eigenschaft abgesehen, kann eine Urk. der im § 267 bezeichneten Art, wie jeder andere körperliche Gegenstand und wie namentl. auch jede nicht unter § 267 fallende Urk., je nach Umständen Objekt oder Mittel einer strafb. Hdlg. anderer Art, insbs. eines Betruges sein.

Mit Rücksicht darauf, daß die Tätigkeit des Handelnden bei der Urkflschg. in mehrere Einzelakte zerfällt, ist die Urkflschg. als im Gebiete des DR. begangen anzusehen, sobald auch nur einer der Einzelakte, also namentl. die Herstellung des falschen Beweismittels, ganz oder teilweise daselbst vorgenommen wurde; der vollendende Schlußakt, das Gebrauchmachen, ist, trotzdem in ihm das Schwergewicht des Deliktes zu finden (N. 43), keineswegs allein maßgebend (vgl. § 3 N. 3); aM. Oppenh.-D. N. 22.

24) Die Herstellung eines falschen urkundlichen Beweismittels (vgl. Weismann ZStrW. 11 28 ff.) kann nach Maßgabe des Gesetzes in zwei gleichwertigen Modalitäten erfolgen, die eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) zulassen (RG. III 1. Feb., 1. Juli 82, R. 4 107, 660; vgl. auch II 8. Feb. 01 E. 34 131; ebenso: Oftern Alternativität S. 153, Wertheimer Mischgesetze S. 58), nämlich: entweder durch „Verfälschung einer echten Urkunde" (N. 25—29) oder durch „fälschliche Anfertigung einer unechten Urkunde" (N. 30—34). Dieser letzteren Art wird im § 269 die daselbst bezeichnete Hdlg. gleichgestellt.

25) „Verfälschen" (§§ 92², 367⁷; vgl. § 146 N. 1, 8) setzt begrifflich ein „echtes Objekt" voraus; denn es heißt „etwas Wahres, Echtes falsch machen". Demgemäß bildet eine echte Urk. die notwendige Voraussetzung dieses Mischtatbestandes der Urkflsch.; ist sonach die Verfälschung einer unechten Urk. nicht möglich, so kann dennoch eine bereits einmal verfälschte echte Urk. weiterhin Gegenstand einer neuen Verfälschung sein. So: RG. II 8. Apr. 81 E. 4 69, RMG. III 11. Okt. 04 E. 7 289, Berner S. 598, Hälschner 2 526, Merkel HH. 3 792, Rüd.-St. N. 22. AM.: Binding Lb. 2 231, Frank N. v 1, Oppenh.-D. N. 9, Weismann ZStrW. 11 45 N. 116 btr. einer fälschlich angefertigten Urk.

Bezüglich der weiteren Verfälschung einer bereits einmal verfälschten echten Urk. ist zwar selbstverständliche Voraussetzung, daß dieser nach der ersten Verfälschung noch Urkundeneigenschaft geblieben sei; Berner aO. Denn anderenfalls würde die mit der Urk. zunächst vorgenommene Hdlg. nicht als Fälschung sich darstellen, da diese der btr. Urk. immer den Schein einer echten Urk. lassen muß (Merkel HRl. „Urkflschg."), sondern es würde die Urk. als solche vernichtet worden sein (N. 28b).

26) Eine „echte" Urk. (§ 363₂) ist eine solche, die von dem herrührt, der in der Urk. als Aussteller sich bezeichnet (vgl. RG. II 8. Apr. 81 E. 4 69) oder bei einer den Namen des Ausstellers nicht enthaltenden Urk. (N. 19, 20) durch die Umstände als solcher bezeichnet wird; vgl.: Beling S. 102, Binding Lb. 2 209.

Speziell die Schriftstücke btr., so ist hiernach Voraussetzung der Echtheit: bei einer öffentlichen Urkunde (N. 5), daß sie von der Person des Beamten bzw. der Urkundsperson, die als Vollzieher der Urk. sich darstellt, auch selbst unterschrieben sei, da jene ihre im öffentl. Rechte beruhenden Befugnisse nicht willkürlich abtreten kann (so RG. II 8. Apr., 8. Nov. 81, E. 4 69, 5 151, I 29. Juni 85 R. 7 438; aM. Binding Lb. 2 235), bei einer Privaturkunde, daß sie errichtet sei entweder von dem selbst, der als Aussteller sich bezeichnet, oder von einem in gehöriger Weise zur Unterschriftsvollziehung mit dem Namen des Auftraggebers Bevollmächtigten. In letzterer Beziehung kommen die Vorschriften des einschlagenden Zivilrechts in Betracht; nach BGB. § 167₂ ist eine Form für die Bevollmächtgg. regelmäßig nicht vorgeschrieben. Allein die Zustimmung des Namensträgers kann, selbst abgesehen von der Gültigkeit ihrer Form, nicht unbedingt maßgebend sein; denn von ihr hängt die Rechtsverbindlichkeit der Unterschrift nicht ausschließlich ab und auch andere Personen, außer dem Namensträger selbst, können daran, daß die Unterschrift „echt und recht" d. h. rechtsgültig sei, ein Interesse haben, so daß der Gesichtspunkt des „öffentlichen" Interesses an der Rechtsverbindlichkeit des Beweismittels vorwaltet (s. auch

N. 31, 47 IIIa u. b); so RG. I 14. Nov. 87, 18. Feb. 92, II 20. Nov. 94, I 6. Juni 04, E. **16** 325, **22** 377, **26** 220, **37** 196, der mit falschem Namen Unterzeichnende könne auf die von dem Namensträger hierzu erteilte Ermächtigung sich nicht berufen, wenn die Anfertgg. u. der Gebrauch der Urk. überhaupt in unberechtigter Weise zur Täuschung anderer erfolgt sei; vgl. Binding Lb. 2 234. Aus der Schlüsselgewalt der Ehefrau (BGB. § 1357) ist deren Berechtigung bezüglich der im Namen des Mannes vorgenommenen Geschäfte ohne sein Wissen u. Einverständnis Wechsel in seinem Namen auszustellen, nicht zu folgern; RG. I 3. Apr. 05 G. **52** .

27) Die Verfälschung einer echten Urk. erfordert zunächst eine Veränderung der letzteren in der Weise, daß das Verständnis ihres ursprünglichen Inhalts beeinträchtigt wird, gleichgültig, ob infolge der Veränderung der Inhalt der Urk. objektiv der Wahrheit entspricht o. nicht (N. 30_2); so die GM., insbs. RG. I 17. Jan., III 14. Dez. 81, E. **3** 324, **5** 259, IV 11. Feb. 90, II 26. Jan. 94, G. **38** 46, **42** 42. Wenn übrigens eine Rechnung und ein darauf bezüglicher Quittungsvermerk auf demselben Blatte stehen, so kann jene Rechnung zusammen mit letzterem als beweiserhebliche Quittungsurkunde angesehen werden, derartig, daß die Fälschung der ersteren allein als eine Verfälschung des Ganzen sich darstellt; RG. IV 11. Okt. 89 E. **19** 403. Ähnlich hat RG. IV 25. Okt. 89 E. **20** 6 in der Beseitigung eines Außerkurssetzungsvermerkes (vgl.: EGBGB. Art. 176, Pr.AusführungsGBGB. Art. 75 § 2), dessen Eigenschaft als für sich bestehende Urk. zu verneinen sei, eine Verfälschung des außer Kurs gesetzten Inhaberpapiers gesehen (nicht unbedenklich! Binding Lb. 2 238 N. 5). Andererseits liegt ein „Verfälschen" nicht vor, wenn auf der Rückseite einer Urk. ein Vermerk niedergeschrieben und mit selbständiger Unterschrift versehen wird; RG. II 28. Dez. 89 G. **37** 436.

Aus obigem ergibt sich, daß der Urk. durch die Veränderung die Bedeutung eines Beweismittels über eine rechtserhebliche Tatsache verliehen worden sein muß, zu deren Beglaubigung sie ursprünglich nicht bestimmt war. Es muß also die Veränderung einen wesentlichen Bestandteil der Urk. betreffen; sie selbst muß — wenn es um eine Privaturk. sich handelt — für Rechte rc., d. h. für die Entstehung, Erhaltung, Änderung oder Aufhebung derselben beweiserheblich sein, darf also den Urkundencharakter nicht aufheben; das Ergebnis muß sonach sein, daß rechtserhebliche Tatsachen in irgend welchem Umfange anders beurkundet erscheinen, als zufolge der nicht verfälschten Urk. So die GM., insbs. RG. II 4. März 81 E. **3** 370, zit. E. **5** 259, IV 19. Sept. 84 R. **6** 552. Deshalb verneinte RG. IV 13. Juni 93 G. **41** 140 Urkflschg. in einem Falle, wo das Datum einer irrtümlich für stempelpflichtig gehaltenen Urk. behufs vermeintlicher Abwendung der Stempelstrafe verändert wurde, im übrigen aber Beweiserheblichkt. des Datums nicht festgestellt war. Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Änderung einen Punkt betrifft, der für dasjenige Rechtsverhältnis von Erheblichkeit ist, zu dessen Nachweis die Urk. bestimmt war (N. 39); RG. II 10. Nov. 91, 3. März 03, G. **39** 522, E. **36** 167 (170).

Eine derartige Abänderung kann auch dann angenommen werden, wenn in der echten Urk. ein Betrag in Ziffern und Buchstaben geschrieben ist, die Änderung aber nur die Ziffer betrifft; RG. I 16. März 82 R. **4** 248, II 20. Dez. 89 G. **37** 435. Eine Verfälschung würde nur unter der Voraussetzung zu verneinen sein, wenn auf Grund besonderer Vorschrift, z. B. des in jenem Falle nicht maßgebenden Art. 5_1 der WO., die Ziffer neben der geschriebenen Summe rechtlich nicht in Betracht kommt, weil es alsdann an einer rechtlich erheblichen Abänderung fehlt; Berner S. 598, Binding Lb. 2 239. So verneinte das zit. RG. R. **6** 552 Urkflschg. in einem Falle, wo auf einer Eisenbahnrückfahrtskarte das Datum „11. 11. 83" abgeändert war in „11. 14. 83".

Die Verfälschung der Unterschrift macht übrigens die ganze Urk. zu einer unechten und ist deshalb als fälschliche Anfertigung anzusehen; so Berner S. 598; aM. Hälschner **2** 536; vgl. auch Binding Lb. **2** 230 N. 5.

28) Speziell ein urkundliches Schriftstück kann verfälscht werden: a. durch Zusatz neuer Schriftzeichen, b. durch Abänderung, Unkenntlichmachung o. Tilgung der bestehenden Schriftzeichen, oder c. durch eine Verbindung dieser Arten.

a) Als praktischer Fall der Verfälschung durch Zusatz von Schriftzeichen sei hervorgehoben die Beifügung eines Domizilvermerkes auf einem mit Blankounterschrift des Ausstellers u. Blankoakzept versehenen Wechselformulare nach Präsentation des vollständigen Wechsels an den Akzeptanten, weil dann (Mangels eines anderen Vertragswillens) der Verbrauch der erteilten Ermächtigung gegenüber dem Aussteller vorliegt; RG. II 20. Sept. 81 E. 4 410.

b) Die Tilgung der bestehenden Schriftzeichen kann namentl. auch erfolgen durch Abtrennung eines Teiles der Schrift; RG. II 4. März 81 E. 3 370 (Verfslschg. einer über eine Abschlagzahlung ausgestellten Quittung teilweise durch Herausreißen, teilweise durch Unkenntlichmachen der auf die Restschuld bezüglichen Teile); doch darf durch die Tilgung o. Unkenntlichmachung der Schriftzeichen nicht der Beweisinhalt der Urk. überhaupt verloren gehen; vgl. N. 25_2 sowie § 274 N. 5 u. die dort zitt. RG. E. 3 370, 34 114.

c) Eine Verbindung beider Arten liegt namentl. auch in dem Falle vor, wenn der gesamte Text abgeschnitten und auf den freien Raum über der Unterschrift ein neuer urkundlicher Inhalt gesetzt wird; es liegt hier weder „fälschliche Anfertigung" vor (so jedoch Weismann ZStrW. 11 44 N. 116), noch der Fall des § 269 (das. N. 3).

Keine dieser Arten der Veränderung einer Urk. und somit überhaupt keine „Verfälschung" liegt vor, wenn der Gerichtsschreiber die Vollziehung einer mit dem gezeichneten Konzepte inhaltlich nicht übereinstimmenden Reinschrift durch den Richter bewirkt; RG. IV 16. Feb. 94 E. 25 127. Ebensowenig wird durch die Beseitigung des Entwertungsstempels einer (nicht unter die Kategorie der durch §§ 275 f. [vgl. das. N. 1a] geschützten Wertzeichen fallenden) Stempelmarke diese selbst o. der getilgte Entwertungsstempel verfälscht; RG. I 18. Nov. 97 E. 30 329 (unter Bezugnahme auf die Ausführungen der in N. 1_2 zum § 276 zitt. RG. E. 17 394, 18 286).

29) Eine Veränderung der in den N. 27 f. gekennzeichneten Art ist aber nur dann eine Verfälschung der Urk., wenn sie unberechtigt geschah; der befugt Ändernde ist kein Fälscher; so: RG. I 17. Jan., III 14. Dez. 81, IV 11. März 04, E. 3 324, 5 259, 37 83 (letzteres btr. der Frage, wie lange, auch im Hinblick auf BGB. § 952, der „Aussteller" eines Schuldscheins zur Änderung dessen Inhalts befugt sei), Berner S. 598, Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 792, Oppenh.-D. N. 11; aM. Binding Lb. 2 229. Wer über eine Urk. zu verfügen berechtigt ist (was übrigens keineswegs mit rechtl. Notwendigkeit aus dem Eigentum u. Besitz an der fr. Urk. folgt; RG. II 14. März 90, IV 9. Juni 91, I 30. Dez. 95, G. 38 59, 39 229, 43 405, II 3. März 03 E. 36 167, btr. der ausgehändigten Abschrift einer Zustellungsurk., bzw. einer übersandten Rechnung, bzw. eines eigenen Notizbuches zur Kontrolle erhaltener u. zurückgegebener Bierflaschen nach angestellter Vergleichg. mit dem Gegenbuche, bzw. eines fälligen, rechtzeitig protestierten, vom Aussteller eingelösten und von diesem ohne Giro an Zahlungsstatt hingegebenen Wechsels; s. andererseits u. Ib), hat auch die Befugnis, sie zu verändern. Verstößt aber die Veränderung gegen das, wenn auch nur obligatorische, nicht notwendig dingliche Recht eines anderen, so ist die ohne dessen Einverständnis erfolgende Abänderung objektiv rechtswidrig; so RG. III 20. Dez. 83, II 14. Dez. 00, E. 10 11, 34 50; aM. Oppenh.-D. N. 11. Dementsprechend wurde Verfälschung

I. verneint:

a. bei Veränderungen der eigenen, einseitigen Urkunden des Ändernden, so namentl. seitens eines Kaufmannes in seinen Handelsbüchern, seitens eines Lotterieeinnehmers in dem sog. Losebuch; RG. I 23. Jan. 82 E. 5 430, III 21., IV 29. Juni 86, R. 8 470, 504 (gegenüber den öffentlich-rechtl. Vorschriften des HGB. btr. die ordnungsmäßige Führung von Handelsbüchern erscheint diese Ansicht höchst bedenklich; gegen sie auch ORA. zu dem zit. RG. R. 8 470, ferner Binding Lb. 2 240 N. 3, Hälschner 2 542 N. 2, Merkel HH. 3 793, Frank N. v 1 b u. John ZStrW. 4 50, dieser insbs. gegen RG. E. 5 430 ferner Weismann ebenda 11 73); vgl. auch das zu II zit. RG. E. 35 145;

b. bei Verfälschung einer zu seiner alleinigen Verfügung stehenden und in seinem Besitze befindlichen, im Strafverfahren zu verwertenden Urk. seitens des Angekl.; RG. III 1. Mai 80 E. 2 33 (s. übrigens N. 48a);

c. bei Veränderung einer fremden Privaturk. im Einverständnis mit derjenigen Person, die an ihr allein das Interesse hat; so das zit. RG. E. 5 259;

II. dagegen bejaht von RG. (und zwar weil es um bereits erworbene fiskalische bzw. staatliche, wenn auch nur obligatorische, Rechte sich handele) bei Eintragung eines Brauaktes in das von der Steuerbehörde dem durch Fixationsvertrag fixierten Brauer gelieferte Brauregister nach Beifügung des amtl. Revisionsvermerkes; zit. E. 10 11; bei Änderung einer Vertragsurk. zur Abwendung einer verwirkten Stempelstrafe, selbst bei Zustimmung des Mitkontrahenten; II 1. Nov. 87 E. 16 262, IV 12. Mai 93 G. 41 126; ja selbst bei Aufhebung des Vertrages, solange nur die Urkunde als solche vorhanden ist; II 3. Nov. 93 E. 24 358 (dem III 13. Jan. 90 E. 20 192 lag insofern ein anderer Sachverhalt zugrunde, als hier zur Aufhebung des früheren Vertrages noch hinzukam, daß die Beurkundung des neuen Vertrages unter Abänderung des Exemplars des alten erfolgt war), bei Fälschung eines nach einer RegierungsPolV. zur Abwendung von Trichinengefahr zu führenden Fleischbuches nach Beifügung des Vermerkes des Fleischbeschauers; IV 5. Apr. 89 G. 37 193; bei Abänderung des Inhalts einer Urk. seitens eines der Vertragschließenden, nachdem dieser inzwischen den ursprünglichen Inhalt der Urk. zur Grundlage eines neuen Rechtsverhältnisses mit einem Dritten gemacht, diesem überdies ein Forderungsrecht auf Übergabe der unveränderten Vertragsurk. eingeräumt hatte; zit. E. 34 50; bei Fälschung an zurückbehaltenen Abschriften von Handelsbüchern durch einen Vollkaufmann weg. der nach ihrer Entstehung begründeten Rechte Dritter zur Einsicht in ihren unveränderten Inhalt; das N. 18c zit. E. 35 145; bei Fälschung eines von einem Unbefugten vorgenommenen Eintrags in ein Handelsbuch durch den unbefugt Eintragenden selbst (aus wesentl. gleichen Erwägungen); I 8. Juni 03 G. 50 386; bei Fälschung eines fälligen, rechtzeitig protestierten, vom Aussteller eingelösten u. von diesem ohne Giro an Zahlungsstatt gegebenen Wechsels durch Einfügung des Giros des Empfängers des Wechsels zwischen die auf der Rückseite befindlichen Indossamente; das Eingangs dieser N. zit. E. 36 167.

30) Die „fälschliche Anfertigung einer Urkunde" besteht in der Herstellung einer „falschen" Urk. (weshalb § 363 im gleichen G. richtiger von „falscher Anfertigung" spricht; Sontag G. 19 294) mit dem Scheine der Echtheit (N. 26), also darin, daß einer Urk. der Schein verliehen wird, als sei sie von einem anderen ausgestellt worden als von dem, der sie wirklich ausgestellt hat; RG. IV 26. März 97 E. 30 43 (dies könne der Fall sein, wenn eine unverheiratete Ausstellerin durch die Form ihrer Unterschrift als Ehefrau sich bezeichne). Dieser Schein liegt auch vor, trotz Gebrauchs eines echten Stempels (N. 18b), wenn er vom Täter ohne Wissen u. Willen des Betreffenden, auf dessen Namen er angefertigt ist (RG. I 12. Jan. 85 E. 12 17), bzw. trotz Gebrauchs eines echten Bleiverschlusses (N. 8Id), wenn er nach Abtrennung von einem zollamtl. Warenverschlusse zur Nachahmung eines solchen Verschlusses bei anderen Waren (RG. II 1. Feb. 87 E. 15 214) verwendet wird, bzw. trotz Gebrauchs der richtigen Firma einer offenen Handelsgesellschaft seitens eines Mitinhabers, wenn er von der Vertretung ausgeschlossen ist; RG. IV 25. Sept. 00 E. 33 397. Dagegen ist ein solcher Schein ausgeschlossen, wenn der Aussteller der unbefugt gefertigten Unterschrift einer fremden Firma seinen eigenen Namen beifügt; RG. I 28. März 01 G. 48 136.

Eine fälschlich angefertigte Urk. will demnach nicht, wie die verfälschte (N. 27), über den Inhalt täuschen, sondern den Schein hervorrufen, als wäre sie von einem Berechtigten ausgestellt; deshalb schließt der Umstand, daß das, was eine fälschlich angefertigte Urk. zu beweisen geeignet ist, einer wahren Tatsache entspricht, den Tatbestand der Urkfälschung aus § 267 nicht aus (RG. I 13. Okt. 92 E. 23 249, RMG. III 11. Okt. 04 E. 7 289), denn für diesen ist es gleichgültig, ob der Inhalt der Urk. richtig o. unrichtig ist; die sog. intellektuelle Fälschung einer Urk. ist nur strafbar, wenn bewirkt wird, daß öffentl. Urk. einen unwahren Inhalt bekommen, o. wenn dabei eine Amtspflicht verletzt wird (§§ 271 f., 278; 348 f., 351); die intellektuelle Fälschung einer Privaturk. ist straflos. So die GM., insbs. RG. I 9. Mai 81, 31. März 84, III 14. Dez. 81, 1. Feb. 82, 12. März 83, II 1. Feb. 84, E. 4 157, 10 273, 5 259, 410, 8 187, 10 68, II 30. Juni 82, III 9. Feb. 81, 2. Apr.

83, IV 18. Feb. 87, R. 4 655, 3 16, 5 210, 9 148, sowie — dem zit. R. 5 210 nicht widersprechend — I 11. Juli 01 E. 34 435 (440). Die „schriftliche Lüge als solche" fällt nicht unter den Tatbestand der Urkflschg.; zit. RG. E. 8 187; wg. des Beispiels einer solchen vgl. RG. II 18. Apr. 03 E. 36 193.

31) Der nach N. 30 erforderliche Anschein der Echtheit bedingt keineswegs die Ähnlichkeit des Namenszuges mit dem des angeblichen Ausstellers; Merkel HH. 3 795, Oppenh.-D. N. 20. Es ist überhaupt nicht einmal notwendig, daß eine Person mit dem Namen des angeblichen Ausstellers o. die Firma, mit der gezeichnet ist, existiere bzw. noch existiere oder nachweisbar sei; denn trotzdem ruft eine unechte Unterschrift jenen Anschein hervor und der Umstand, daß der Mißbrauch des Namens einer bestimmten Person nicht vorliegt, ist gleichgültig, da die Gefährdung des öffentl. Interesses durch Herstellung eines für den Rechtsverkehr wichtigen Beglaubigungsmittels der entscheidende Gesichtspunkt ist (vgl. auch die Motive sowie o. N. 26_2). So die GM., insbs. RG. I 3. Okt. 81, 26. Jan. 82, R. 3 577, 4 74, IV 26. März 97 E. 30 43 (btr. Ausstellung eines Schuldscheines bzw. der Akzeptation eines Wechsels unter fingiertem Namen), III 12. März 83 E. 8 187. AM. Merkel HH. 3 795, bei der öffentl. Urk. sei zwar nur zu verlangen, daß sie auf eine wirklich existierende und zur Ausstellung der btr. Urk. zuständige Behörde, bei der Privaturk. dagegen, daß sie auf eine wirklich existierende Persönlichkeit hinweise.

32) Der Schein, als sei eine Urk. von einem anderen ausgestellt als von dem, der sie wirklich ausgestellt hat, kann unter Umständen auch vorliegen, wenn der Aussteller mit seinem richtigen Namen unterzeichnet; Hälschner 2 537.

So zunächst, wenn der Aussteller seinem Namen Bezeichnungen hinzufügt, durch die er nicht bloß eine ihm nicht zukommende Eigenschaft sich beilegt (RG. III 14. Dez. 81 E. 5 259), sondern die ihn als eine andere, wirklich existierende o. nur fingierte, Persönlichkeit erscheinen lassen, als er wirklich ist; demgemäß wurde fälschliche Anfertigung einer Urk. angenommen, bei unberechtigter Beifügung eines „Dr." zur Namensunterschrift; RG. III 20. Apr. 03 G. 50 278; vgl. Binding Lb. 2 235.

So ferner bei Unterzeichnung mit dem richtigen Namen, ohne jeden falschen Zusatz, in Fällen, wo der Inhalt der Urk. bzw. ihres Relatums auf einen bestimmten, mit dem Unterzeichner jedoch nicht identischen Aussteller hinweist; beispielsweise wurde „fälschliche Anfertigung" angenommen bei Akzeptation eines seiner Adresse nach auf den Vater gezogenen Wechsels seitens des gleichnamigen Sohnes (RG. I 9. Mai 81 E. 4 157), bzw. bei Unterzeichnung mit einem anderen Vornamen als dem Rufnamen (RG. II 15. Dez. 85 E. 13 171). Niemals aber dann, wenn lediglich außerhalb der Urk. liegende Umstände über die Persönlichkeit des mit seinem richtigen Namen Unterzeichnenden täuschen; RG. II 21. Mai 95 E. 27 276.

33) Für die Frage, ob objektiv die „fälschliche Anfertigung einer Urk." vorliege, ist der Umst., daß der Aussteller den falschen — existierenden oder fingierten — Namen dem Empfänger der Urk. gegenüber schon vorher angenommen hatte, an sich gleichgültig (wegen des Gebrauchmachens zum Zwecke der Täuschung vgl. N. 38_2); RG. I 3. Okt. 81, 11. Mai 03, R. 3 577, G. 50 286, III 11. Jan. 86, 26. März 97, E. 13 245, 30 43. Wesentlich bleibt aber immer, daß nach dem Aussehen, das der Urk. vom Täter verliehen wird, nicht der wirkliche Aussteller, sd. ein anderer als Urheber der Erklärung erscheint; ist dies nach Lage der Sache (z. B. bei einem zwischen Absender u. Adressaten vereinbarten Pseudonym; RG. III 9. Feb. 88 E. 17 141, insbs. 154) ausgeschlossen, so liegt keine falsche Urk. vor; vgl. auch Binding Lb. 2 233, insbs. N. 2, Frank N. V 1 a_2.

34) Aus dem N. 30 hervorgehobenen Gesichtspunkte, daß die Unrichtigkeit des Inhaltes der Urk. für den Begriff der „fälschlichen Anfertigung" nicht ins Gewicht falle, hat die Praxis des RG. eine solche verneint: bei Ziehung eines Wechsels (sog. Kellerwechsels) auf eine nicht existierende Person; I 26. Jan. 82 R. 4 74; bei Erschleichung einer Unterschrift durch Täuschung des Unterzeichnenden über deren Inhalt, so daß jener also eine Urk. mit nicht gewolltem Inhalte vollzieht, z. B. einen Wechsel über 1100 M., statt über 100 M. akzeptiert; III 1. Feb. 82 E. 5 410 (in Übereinstimmung mit der GM.; aM.

Oppenh.-D. N. 17); bei Eintragung unrichtiger Schießergebnisse in ein unter eigenem Namen geführtes militär. Schießprotokoll; I 31. März 84 E. 10 273; bei Anfertigung eines Kassationsvermerkes mit unrichtigem Datum auf einem verwendeten Wechselstempel; IV 18. Feb. 87 R. 9 148; bei Veranlassung der Vollziehung einer — mit dem gezeichneten Konzepte nicht übereinstimmenden — Reinschrift; IV 16. Feb. 94 E. 25 127.

Hierher gehört auch der Fall, wenn durch einen der Unterschrift beigefügten Zusatz dem Unterzeichnenden eine ihm zukommende Eigenschaft beigelegt wird, sofern nur der falsche Zusatz nicht „eine Fälschung der Autorschaft" enthält (Berner S. 599; s. o. N. 32), sondern den Umständen nach keine andere Bedeutung hat, als wenn im Kontexte selbst die Tatsache verlautbart wäre, daß dem Unterschreibenden die fragliche Eigenschaft, z. B. als Vormund, zukomme; RG. III 14. Dez. 81 E. 5 259, das N. 30 zit. G. 48 136.

35) Das „Gebrauchmachen" von einer falschen o. verfälschten Urk. „zum Zwecke der Täuschung" (N. 35—42; vgl. Weismann ZStrW. 11 46 ff.) erfordert subjektiv wegen der letzteren hervorgehobenen Worte, daß der Täter die Urk. zur Kenntnis des zu Täuschenden bringen wolle (das bloße Bewußtsein, daß möglicherweise eine Täuschung herbeigeführt werden könne, genügt deshalb nicht; so: RG. II 26. Jan. 94 G. 42 42, RMG. I 23. Apr. 03 E. 5 72; aM. RG. IV 5. Juli 89 G. 37 205), objektiv, daß dem letzteren die sinnliche Wahrnehmung (meist, aber nicht notwendig, durch den Gesichtssinn — hier nötigenfalls, wie bei Blinden, durch Dritte vermittelt —, möglicherweise, wie beim Kerbholz, auch durch den Tastsinn) ermöglicht sei; zit. RMG. E. 5 72. Letzteres ist notwendig, damit ein das Delikt vollendender Gebrauch vorliege, dagegen nicht, daß in Wirklichkeit eine sinnliche Wahrnehmung der Urk. seitens eines Dritten bereits stattgefunden habe; andererseits wird das „Gebrauchmachen" von einer solchen Urk. nicht notwendig mit deren Vorlegung z. Z. der Täuschung erschöpft; RG. I 3. Apr. 02 G. 49 261 (s. auch N. 49). Daß der Dritte von der Urk. tatsächlich Kenntnis genommen habe, wird weder durch den Sprachgebrauch, noch durch einen inneren Grund erfordert; so: Hälschner 2 546, Merkel HH. 3 798, 4 448, H. Meyer S. 714 (vgl. jedoch GS. 47 96), Frank N. v 2, Rüb.-St. N. 28, v. Schwarze N. 34, G. 22 4 u. SächsGZ. 25 23, namentl. jetzt aber RG. II 25. Juni 86 E. 14 242 (das III 28. Feb., 31. März 80, E. 1 230, R. 1 513 für entgegenstehend nicht erachtet) und seitdem in zahlreichen Einzelanwendungen alle Senate, insbs. I 11. März, 8. Apr. 89, E. 19 71, 215, II 9. März 88 R. 10 233, III 27. Juni 87 E. 16 228 (auch schon 30. Sept. 82 E. 7 53), IV 10. Dez. 86 E. 15 110, zit. G. 37 205; aM.: Binding Lb. 2 251, v. Liszt S. 524, Lucas S. 384. Im einzelnen ist demgemäß ein Gebrauchmachen z. Z. d. T. vom RG. gefunden worden: in der Mitteilung an den Zivilprozeßrichter, daß die Urk. durch Einforderung der Strafakten zu erlangen sei, weil sie dadurch auch dem zu täuschenden Prozeßrichter zugänglich geworden (zit. E. 14 242); in der Einreichung einer Abschrift der verfälschten Urk. bei dem Prozeßrichter unter gleichzeitiger Zugänglichmachung des Originals für denselben (zit. E. 16 228); in der Überreichung der gefälschten Urk. zu den Strafakten, weil der zu täuschende Strafrichter hierdurch in die Lage gesetzt werde, davon Kenntnis zu nehmen (zit. R. 10 233); in der Aufbewahrung einer gefälschten Grundstückstaxe seitens des Agenten einer Versicherungsgesellschaft in den Akten verbunden mit einer Hinweisung der Direktion auf deren Vorhandensein (zit. G. 37 205); in dem Zurücklegen eines Sparkassenbuches nach Abhebung auf Grund desselben u. Verfälschung behufs Verdeckung der Auszahlung an den früheren Aufbewahrungsort (zit. E. 19 71); in dem Verlesen der Urk. (zit. E. 15 110); in der Hinübernahme einer von einem Pr. Notar angefertigten begl. Abschrift eines Notariatsakts, nach Verfälschg. der darauf befindlichen, mit begl. Abschrift der Kostenrechnung zu den Notariatsakten, wo sie dem, die nächste Geschäftsrevision vornehmenden, zu täuschenden Beamten zur Verfügung standen; IV 17. Sept. 01 E. 34 360; in der Übergabe der begl. Abschrift z. Z. der Zustellg. eines Schriftstücks und zwar nicht bloß bezügl. der übergebenen begl. Abschrift, sd. zugleich bezügl. der Urschrift; IV 11. Juli 02 E. 35 337. Dagegen wurde ein Gebrauchmachen z. Z. d. T. in einem Fall verneint, wo die StAschaft selbst durch Beschlagnahme in Besitz u. Kenntnis des gefälschten Schriftstücks sich gesetzt hatte (zit. E. 19 215), dann aber in

Fällen, wo eine bloße Bezugnahme auf die Urk., ohne Zugänglichmachung stattgefunden hatte, da die Urk. selbst das Mittel sein muß, durch das die Täuschung herbeigeführt wird (RG. zit. G. 37 205 sowie II 11. Juni 97 G. 45 273); ohne Zugänglichmachung kann die Bezugnahme auf die Urk. auch nicht unter Überreichung einer einfachen Abschrift (wenn sie nicht selbst eine Urk. ist; N. 18c) bzw. eines Abdruckes derselben ein Gebrauchmachen darstellen; so: Binding Lb. 2 252, v. Liszt S. 524; aM. H. Meyer GS. 47 98. Ebensowenig ist das bloße Anerbieten der Vorlegung der Urk. zur Einsicht ein Gebrauchmachen von ihr; III 29. Apr. 86 R. 8 319.

36) Daß für das Gebrauchmachen z. Z. d. T. die Unmittelbarkeit der Hdlg. kein wesentliches Erfordernis ist, folgt schon aus dem in N. 35 Bemerkten; da das Gesetz hinsichtlich der Art des Gebrauchmachens keine Bestimmung getroffen hat (RG. I 8. Apr. 89 E. 19 215), so erfüllt namentl. auch ein Gebrauchmachen durch eine Mittelsperson, sei es eine vom Sachverhältnisse unterrichtete, sei es eine gutgläubige (Binding Lb. 2 241, 249), den Tatbestand. Im ersteren Falle (vgl.: RG. III 28. Feb. 80, 29. Apr. 86, E. 1 230, R. 8 319, II 4. Dez. 83, 9. Okt. 94, R. 5 755, E. 26 138) liegt in der Übergabe an die unterrichtete Person noch nicht das vom Gesetze verlangte Gebrauchmachen, im letzteren Falle (vgl.: RG. II 10. Feb. 82, III 27. Juni 87, I 13. Okt. 92, E. 5 437, 16 228, 23 249), wie z. B. bei Übergabe an einen Rechtsanwalt behufs Benutzung gegenüber der Gegenpartei bzw. dem Prozeßrichter, insbs. durch Anfertigung einer Abschrift als Anlage der Klage, oder bei Übergabe einer gefälschten Urk. als Zeitungsinserat an den Vertreter der Redaktion, unterliegt es der tatsächlichen Beurteilung, ob auch eine Täuschung dieser Mittelsperson seitens des Täters beabsichtigt wurde; nur wenn das der Fall, enthält schon die Übergabe an die Mittelsperson ein vollendetes Gebrauchmachen; damit dürfte auch H. Meyer GS. 47 98 ff. übereinstimmen.

37) „Ein Gebrauch von einer Urkunde" i. S. des § 267 liegt nur dann vor, wenn von dem die Urk. bildenden körperlichen Gegenstande gerade in seiner Eigenschaft „als Urkunde" Gebrauch gemacht wird; der Täter muß durch die der Urk., anscheinend, innewohnende Beweiskraft auf einen anderen wirken wollen. Eine Benutzung des Gegenstandes in einer anderen Eigenschaft reicht deshalb selbst dann nicht aus, wenn der Zweck der Täuschung, z. B. über den paläographischen Wert der Urk., damit verfolgt wird; denn die Kriminalisierung des im § 267 aufgestellten Tatbestandes beruht auf der Absicht des Gesetzgebers, die urkundl. Beglaubigungsmittel vor Mißbrauch zu schützen; so die GM., insbs. RG. III 5. Feb. 81, 9. Feb. 88, IV 21. Jan. 96, 12. Juni 03, 11. März 04, E. 3 337, 17 141, 28 130, 36 317 (320), 37 83 (87); (s. auch N. 38).

38) „Zum Zwecke der Täuschung" (vgl. Weismann ZStrW. 11 79 ff.) muß das Gebrauchmachen von der Urk. geschehen, d. h. um bei demjenigen, welchem gegenüber der Gebrauch erfolgt, zu täuschen (N. 40) sowohl über die Echtheit der Urk., als auch über deren Eigenschaft als ein geeignetes Beweismittel für die aus ihrem Inhalte sich ergebenden rechtserheblichen Tatsachen. So die GM., insbs. RG. II 10. Feb. 82, 13. Feb. 00, E. 5 437, 33 137 (s. o. N. 21 Ix) u. die N. 37 aE. zitt. E. 17 141, 37 83 (jenes mit dem Hinweis, daß letzteres Moment z. B. beim Verkauf an einen Autographensammler fehle); ferner III 29. Apr. 95 E. 27 184 (falls eine gefälschte Urk., aus der ein zivilrechtl. Anspruch im Zivilprozesse geltend gemacht werde, der Klageschrift als Anlage beigefügt werde, fehle es am Gebrauch des Schriftstücks als eines urkundl. Beweismittels).

Mit Recht nimmt die GM. (vgl. jedoch Pfizer Anti-Seuffert S. 432 f.) an, daß, wie im § 263, der „Erregung" eines Irrtums die Unterhaltung eines solchen gleichstehe, so daß ein Gebrauchmachen „zum Zwecke der Täuschung" namentl. auch dann vorliege, wenn ein durch mündliche — betrügerische — Vorspiegelungen erregter Irrtum aufrechterhalten, die Täuschung also „wiederholt" werden soll; so insbs. RG. I 3. Okt. 81 R. 3 577, III 11. Jan. 86, E. 13 245, II 16. Okt. 96 G. 44 270.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich auch, daß das „Täuschenwollen durch die Urk." dadurch nicht aufgehoben wird, daß der Täter neben der Urk. noch weitere Mittel in Bewegung setzt, um desto sicherer zu täuschen; RG. I 16. März 82 R. 4 248.

Jener Zweck kann übrigens endlich auch dann verfolgt werden, wenn einerseits der Gebrauch der Urk. kein völlig freiwilliger ist, sondern z. B. zur Genügung einer „Editionspflicht" o. einer sonstigen gesetzl. Pflicht geschieht (RG. III 18. Dez. 80, I 25. Juni 91, E. 3 169, 22 90, Binding Lb. 2 240), andererseits der Gebrauchmachende ein eigenes persönliches Interesse nicht verfolgt, sondern lediglich den Vorteil eines anderen im Auge hat (RG. II 4. Dez. 83 R. 5 755).

39) Wenn auch die Urk. dazu bestimmt sein muß, gewisse rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (N. 3), so ist doch nicht notwendig, daß beim Gebrauche von der Urk. der Zweck verfolgt werde, gerade in bezug auf dasjenige Rechtsverhältnis zu täuschen, dessen Beglaubigung die ursprüngliche Bestimmung der Urk. war (vgl. N. 27_2 aE.); so RG. III 5. Feb. 81, I 5. Feb. 80, 28. Sept. 82, 1. Apr. 89, E. 3 337, 1 186, 7 52, 19 113, IV 5. Apr. 89 G. 37 193, 28. Feb. 99 E. 32 56 (vgl. N. 16); aM. Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 796. Der Gebrauch von der falschen oder verfälschten Urk., als Urkunde (N. 37), zum Zwecke der Täuschung (N. 38), erfordert nur, daß die Täuschung bezweckt werde hinsichtlich irgendwelcher rechtserheblicher Tatsachen, die durch die Urk. im Falle ihrer Echtheit würden erwiesen werden; RG. II 10. Feb. 82 E. 5 437, IV 6. Apr. 86 R. 8 262, III 6. Mai 95 G. 43 118, Binding Lb. 2 244, Hälschner 2 547, H. Meyer GS. 47 91. Dieses letztere ist aber auch notwendig; mit Recht wurde deshalb das fragliche Tatbestandsmerkmal in Fällen verneint, wo durch das Gebrauchmachen von der Urk. nicht über die Person des Ausstellers o. darüber, daß der urkundl. Inhalt durch die Unterschrift des Ausstellers gedeckt sei, sondern über außerhalb des Urkundeninhaltes liegende Tatsachen, insbs. über die Berechtigung zur Ausstellung der Urk. unter frembem Namen, getäuscht werden sollte; hier liegt nicht Urkflschg., sd. ev. nur Betrug unter Benutzung einer falschen o. verfälschten Urk. vor; RG. III 18. Apr. 82, IV 18. Jan. 95, E. 6 202, 26 383, IV 9. Okt. 85 R. 7 568, 3. Mai 95 G. 43 116.

Daß bei einer Täuschung gleichzeitig die weitere Absicht verfolgt werde, die scheinbar beglaubigten Verhältnisse „praktisch zur Geltung zu bringen", ist nicht unbedingt notwendig, wenn auch der Hauptfall des Gebrauchmachens; so außer Hälschner aO.: RG. zit. E. 7 52, IV 21. Juni 89 G. 37 205, Fälle btr., wo jemand einen gefälschten Schuldschein vorlegte behufs Täuschung, aber nicht des angeblichen Schuldners, sondern um sich Kredit zu verschaffen, bzw. um dem Schein durch Abstempelung seitens einer Pr. Steuerbehörde das Ansehen eines echten zu geben; aM.: Merkel HH. 3 796 N. 2, Oppenh.-D. N. 27.

Gleichgültig ist, ob es bei der Täuschung um eigene Rechte des Fälschers oder um fremde sich handelt; RG. III 18. Dez. 80 E. 3 169.

40) Was die Person des zu Täuschenden betrifft, so ergibt sich aus dem N. 35 Bemerkten, daß es diejenige Person sein müsse, der gegenüber von der Urk. Gebrauch gemacht wird; RG. II 18. Okt. 98 G. 46 431. Im übrigen liegt im Gesetze keinerlei Beschränkung hinsichtlich der Person des zu Täuschenden. Die Täuschung braucht deshalb namentl. nicht dem gegenüber bezweckt zu werden, der aus der Urk., wenn sie echt wäre (etwa als Mitkontrahent), verpflichtet und somit ev. der Beschädigte sein würde; der zu Täuschende selbst braucht überhaupt zum Inhalte der Urk. in einem bestimmten rechtlichen Verhältnisse nicht zu stehen und es genügt deshalb, wenn eine nicht im Rechtsverhältnisse stehende Behörde (z. B. ein Untersuchungs- o. Zivilrichter bzw. ein Steuerbeamter) getäuscht werden sollte. So die GM., insbs. RG. I 11. Okt. 80 R. 2 310, 5. Feb., III 18. Dez. 80, 12. März 83, IV 6. März 88, E. 1 186, 3 169, 8 187, 17 205, II 6. Feb. 85 R. 7 86, IV 5. Apr., 21. Juni 89, G. 37 193, 205.

Angesichts des Gesetzes erscheint übrigens eine Feststellung hinsichtlich der Person dessen, der getäuscht werden sollte, nicht erforderlich; Oppenh.-D. N. 26, Ortloff G. 28 204.

41) Ob ein Gebrauchmachen von einer falschen Urk. z. Z. d. T. stattgefunden habe, hängt, wie die Ausführungen in N. 35 ff. ergeben, wesentlich von der tatsächlichen Beurteilung der konkreten Sachlage ab; vgl. Fälle aus der Praxis des RG.: III 12. März 83, 26. Okt. 85, I 12. Jan. 85, E. 8 187, 13 71, 12 17; verneint wurde namentl. ein solches Gebrauchmachen: der Postbehörde gegenüber bei der bloßen Aufgabe einer

Postkarte o. einer Postpacketadresse mit Inhalt auf dem Abschnitte; III 9. Feb. 88 E. 17 141. Zweifel waren insbs. bei der Frage, ob eine Urkflschg. durch eine mit falschem Namen aufgegebene Depesche begangen werden könne, aufgetaucht; vgl. über die Streitfrage auch Brodmann Urkunde S 37 f., 61 f. Hier ist zunächst die Aufgabedepesche (Originaldepesche) von der sog. Ankunftsdepesche (Depeschenausfertigung) zu unterscheiden.

a) Enthält der Inhalt des Telegramms rechtserhebliche Tatsachen (N. 11), so ist die mit einer Unterschrift versehene Aufgabedepesche zweifellos eine Urk. i. S. des § 267; so die GM., insbs. RG. BStS. 6. März 83 E. 8 92; aM. H. Meyer GS. 47 105; vgl. auch Meili Fälschung einer telegr. Depesche (Zürich 1889) S. 61 ff., der den eigentlichen Text einer Depesche von den dienstl. Angaben, einschl. des Datums der Aufgabe u. Ankunft, unterscheidet und nur jenen als Urk. anerkennt, sowie dazu Dambach Telegraphenstrafr. S. 101 f. u. Binding Lb. 2 255, 257; s. auch u. § 348 N. 3e. In der Übergabe einer mit falscher Namensunterschrift versehenen Originaldepesche an den Telegraphenbeamten ist ein Gebrauchmachen von dieser falschen Urk. gegenüber dem Telegraphenbeamten nicht zu finden, weil jenem seitens des Depeschierenden ein Beweis überhaupt nicht geführt werden soll (N. 38); so die GM., insbs.: RG. zit. E. 8 92, III 15. Mai 80 R. 1 793, Binding aO. 258, insbs. N. 1, Hälschner 2 546 N. 4, Merkel HH. 4 449 N. 3, Frank N. VII, Scherer GS. 28 605, 611, Goldschmit GS. 55 203, Dambach aO. S. 109. Weiterhin fragt sich aber, ob in der Übergabe der Aufgabedepesche an den Beamten ein Gebrauchmachen von der Urk. gegenüber dem Adressaten gefunden werden kann; diese Frage ist zu verneinen, weil dem Empfänger die Originaldepesche gar nicht zugänglich gemacht wird (N. 35); die zitt. RG. E. 8 92, R. 1 793, Hälschner aO., v. Schwarze N. 25, Scherer aO., auch Binding aO. N. 5 (möglich sei jedoch die Annahme versuchter schw. Urkflschg.).

b) Es fragt sich, ob die Ankunftsdepesche (Depeschenausfertigung) als eine Urk. i. S. des § 267 angesehen werden könne. Schon früher war nach den gesamten, dem Depeschenverkehr zugrunde liegenden Umständen in Verbindung mit den daran sich knüpfenden Gewohnheiten des Verkehrslebens dafür zu erachten, daß die sog. Ankunftsdepesche unter der Voraussetzung eines rechtserheblichen Inhalts eine Urk. sei, die der Depeschierende unter Benutzung des Telegraphenamtes als Werkzeuges hergestellt hat; die amtliche, wenn auch nicht beglaubigte, Ausfertigung der Depesche galt dem Empfänger, falls er nicht Verstümmelungen vermutete, als Beweis für die Übereinstimmung mit der Originaldepesche, er ließ jene deshalb auf sich wirken, als ob er eine Originalmitteilung empfangen hätte, so daß eben nach der, einer stillschweigenden Vereinbarung gleichkommenden, Gewohnheit des Publikums die Ankunftsdepesche selbst als Urk. galt (N. 20). Dies hat jetzt gesetzliche Anerkennung im BGB. § 127 gefunden, wonach zur Wahrung der „schriftlichen Form", soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen, „telegraphische Übermittelung" genügt. Damit ist, wie auch Binding Lb. 2 255 f. u. v. Liszt S. 524 N. 4 (die früher mit Meves, Oppenh. u. Dambach entgegengesetzter Ansicht waren) annehmen, die Streitfrage endgültig entschieden; vgl. auch P. Merkel Urkunde S. 258 f. Von dieser — bei Unterzeichnung mit unrichtigem Namen — falschen Urk. macht aber der Absender des Telegramms dem Empfänger gegenüber z. Z. d. T., gleichfalls unter Vermittelung des Telegraphenamtes (N. 36), Gebrauch. So: zit. RG. E. 8 92, Binding aO. 257, Hälschner aO., Merkel HH. 4 449, H. Meyer S. 710 u. GS. 47 106, Rubo N. 4, v. Schwarze N. 25, Scherer, Mommsen, Goldschmit, GS. 28 611, 36 56, 55 203 ff., Weismann ZStrW. 11 31 u. im Ergebnisse auch Frank N. VII; gegen die Heranziehung des BGB. § 127 jedoch Brodmann aO. 40.

42) Zur Vollendung der Urkflschg. ist nicht notwendig, daß die bezweckte Täuschung erreicht worden; so die GM., insbs. RG. I 3. Mai 80, 16. Mai 82, E. 2 42, R. 4 248. Es liegt darin, wie die Motive hervorheben, ein wesentlicher Unterschied von dem Tatbestande des Betruges (§ 263). Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Fälschung einer Namenszeichnung vollendete Urkflschg. enthält, vgl. RG. III 23. Mai 92 E. 23 213.

43) In dem Verhältnis der beiden Tatbestandsakte zueinander liegt das Schwergewicht offenbar in dem letzteren, d. h. dem Gebrauchmachen von dem falschen urkundlichen Beweismittel z. Z. d. T.; RG. II 20. März 85 E. 12 114, Binding Lb. 2 228. Es erhellt dies namentl. auch daraus, daß diese Hdlg. allein nach § 270 „gleich der Urkundenfälschung strafbar" ist, sobald nur dem Gebrauchmachenden die Kenntnis davon beiwohnte, daß die Urk. eine falsche sei. Trotz dieses Verhältnisses beider Akte zueinander bleibt aber, unter der Voraussetzung des erforderlichen Dolus, die Herstellung des falschen urk. Beweismittels immerhin ein Tatbestandsakt der aus § 267 strafb. Hdlg., was nicht verkannt werden darf (vgl. N. 23_2 u. § 268 N. 7 sowie Binding aO. 248). Weil aber die Urkflschg. erst durch das Gebrauchmachen seitens des Fälschers vollendet wird, so ergibt sich die Möglichkeit des Vorliegens des Verbr., wenn auch die Verfälschung selbst zu einer Zeit vorgenommen wird, wo noch ein Teil des Inhalts der später vervollständigten Urk. fehlte, dann nämlich, wenn bereits die Verfälschung mit dem nötigen (eventuellen) Dolus vorgenommen wurde; RG. I 23. Apr. 88 E. 17 328; vgl. auch N. 50.

44) Die Handlung muß auch bei der Urkflschg. aus § 267 selbstverständlich eine objektiv rechtswidrige sein.

Bei dem ersteren der zum Tatbestande erforderlichen Akte ist aber die objektive Rechtswidrigkeit ohne weiteres und notwendig vorhanden; die „Herstellung eines falschen, urkundlichen Beweismittels" (N. 24—34) ist an sich stets rechtswidrig.

Aber auch mit dem zweiten Tatbestandsakte (N. 35—42) verhält es sich nicht anders; denn wenn von einem falschen, auf rechtserhebliche Tatsachen bezüglichen (N. 3), urk. Beweismittel als „Urkunde" (N. 37), d. h. also zum Zwecke der Beweiserbringung im Rechtsleben, Gebrauch gemacht wird, so verstößt schon dieses gegen das objektive Recht, ist also an sich „rechtswidrig" (§ 263 N. 45), gleichgültig, ob dem die Urk. Gebrauchenden das mittels ihrer verfolgte Recht zusteht oder nicht. Eine Beweiserbringung im Rechtsleben durch ein falsches Beweismittel widerstreitet den Grundsätzen des öffentlichen wie des Privat-Rechts; denn da alles Recht schließlich in der Anerkennung gipfelt, die es äußerlich, ev. unter Inanspruchnahme der für seine Durchführung angeordneten Wege und Organe, sich zu erringen vermag, so liegt in dem Gebrauchmachen eines falschen, urk. Beweismittels schon an sich ein Rechtsbruch. So die GM., insbs. RG. I 12. Feb. 80, 28. Juni 86, 3. Juni 80, 13. Feb. 88, R. 1 350, 8 493, E. 2 173, 17 200, II 22. Okt. 80, III 5. Feb. 81, E. 2 376, 3 337.

Dolus. N. 45—48.

45) Der Dolus erfordert bei der Urkflschg., wie bei jedem vorsätzlichen Vergehen, wenn nicht positiv ein anderes angeordnet ist, das Wissen und Wollen sämtlicher Deliktsmerkmale, verbunden mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, als dem allgemeinen Merkmal des Dolus.

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit muß der gesamten Hdlg., d. h. allen zum Deliktstatbestande wesentlichen Momenten beiwohnen, also sowohl der Herstellung des falschen urk. Beweismittels wie auch dem Gebrauchmachen davon z. Z. d. T. Bei jenem Akte muß daher der Täter das Bewußtsein haben, daß er zur Anfertigung einer Urk. im fremden Namen kein Recht habe (N. 44_2); es ist deshalb das Bewußtsein namentl. ausgeschlossen, wenn der Hersteller der Urk. bei Unterzeichnung mit dem Namen eines anderen glaubte, von ihm zu dieser Hdlg. als im voraus sich ermächtigt anzusehen (RG. III 6. Juni 89 E. 37 281), wie das Bewußtsein ferner bei rechtsungültig erteilter Zustimmung des Namensträgers ausgeschlossen sein kann (N. 26 aE., 47 III a); der Täter muß aber weiter auch die Umstände kennen, aus denen die Eigenschaft des gefälschten Objekts als Urk. sich ergibt u. gegebenenfalls ferner sich bewußt sein, daß sie, wenn auch nicht gerade für das von ihm bezweckte Verhältnis, doch für irgendwelche Rechte 2c. von Erheblichkt. sein könne; vgl. Frank N. VI 1. Bei dem zweiten Akte muß der Täter sich bewußt sein, daß er von der falschen Urk. als „Urkunde" Gebrauch macht (N. 44_3).

46a) Das Gesetz stellt aber in subjektiver Beziehung noch das ausdrückliche Erfordernis der „rechtswidrigen Absicht" auf. Diese fällt nicht mit dem „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" (N. 45_2) zusammen; so v. Liszt S. 525; aM.: RG. II 22. Okt. 80 E. 2

376, Binding Lb. 2 246 u. Normen 1 215 f., 2 597, Hälschner 2 542, Absicht sei gleich Vorsatz u. die Hervorhebung der „Rechtswidrigkeit" als allg. Erfordernisses des Vorsatzes nur erfolgt, um möglichen Mißverständnissen vorzubeugen. Bezüglich der Aufnahme jenes Erfordernisses ist hervorzuheben, daß § 247 des PrStGB. schlechthin die gewinn- o. schadensüchtige Absicht als Tatbestandsmerkmal behandelt; zur Ausfüllung der durch den Wegfall jenes Merkmals, neben dem „das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" unbedingt auch vorliegen mußte, entstehenden Lücke hat das RStGB. die „rechtswidrige Absicht" erfordert, ein Merkmal, das zwar allgemeiner ist als das im PrStGB. § 247 aufgestellte, dennoch immerhin dazu dient, den strafrechtlichen Dolus aus § 267, wie er N. 45 dargelegt wurde, näher zu bestimmen. Nach dem äußeren Tatbestande der Urkflschg. liegt die „rechtswidrige Absicht" vor bei jedem wissentl. Gebrauchmachen von einer falschen o. verfälschten Urk. (wenn sie nur überhaupt eine rechtliche Bedeutung besitzt; RG. I 20. Juni 95 E. 27 300) als einer echten, um damit im Rechtsleben einen Beweis zu erbringen, also schon dann, wenn überhaupt nur mittels der falschen o. verfälschten Urk. ein Einfluß auf das Rechtsleben ausgeübt werden soll, ohne daß die Absicht (das Bewußtsein), einen materiell rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, vorzuliegen braucht; so: RG. zit. E. 2 376, II 4. Jan. 84, I 13. Feb. 88, 30. Juni 90, 18. Feb. 92, 13. Feb. 02, IV 11. März 04, E. 9 399, 17 200, 21 69, 22 377, 35 117, 37 83, I 19. Jan. 03 G. 50 129, Berner S. 600, Binding Lb. 2 246, Hälschner 2 541, v. Liszt aO., H. Meyer S. 712; dagegen: Merkel HH. 3 796 f., v. Schwarze N. 27, Lucas S. 380 u. Subj. Verschldg. S. 33, die rechtsw. Abs. beziehe sich auf eine gg. die Rechte Dritter gerichtete Anwendung des Falsifikats; ferner Schütze S. 488, es müsse eine widerrechtl. Änderung des eigenen o. fremden Rechtszustandes beabsichtigt sein; vgl. auch Frank N. VI 3, die rechtsw. Abs. sei die Abs., die getäuschte Person zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen.

b) Daß die „rechtswidrige Absicht" mit der Täuschungsabsicht nicht gleichbedeutend ist (so jedoch Merkel aO.), ergibt sich aus folgendem. Wie das „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit", so muß auch die „rechtswidrige Absicht" bei beiden Tatbestandsakten vorliegen; es erhellt dieses schon aus der den fraglichen Worten gegebenen Stellung (so insbs.: Binding aO., Schütze S. 487, Oppenh.-D. N. 5, Weismann ZStrW. 11 47); die „rechtswidrige Absicht" muß aber auch bei beiden Tatbestandsakten eine und dieselbe sein; ist sie eine verschiedene, so kann nicht § 267 (sondern nur § 270) Anwendung finden; RG. II 9. März 88 R. 10 233. Danach muß der Täter zunächst die „Herstellung des falschen urk. Beweismittels" schon in der Absicht vornehmen, die falsche Urk. später im Rechtsleben zu gebrauchen; gerade hier zeigt sich der Unterschied von dem N. 45 gekennzeichneten Bewußtsein der Rechtswidrigkeit; denn dieses liegt vor, sobald der Täter bewußt unbefugt ein falsches urkundliches Beweismittel herstellt, mag er solches demnächst auch nur zum Scherz anwenden wollen; liegt hier zwar immerhin die „Täuschungsabsicht" vor, so ist doch die „rechtswidrige Absicht" — und somit der subjektive Tatbestand des § 267 — zweifellos ausgeschlossen; ebenso Lucas S. 380. In bezug auf den zweiten Tatbestandsakt wird dagegen die „rechtswidrige Absicht" tatsächlich mit dem „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" gleichbedeutend sein (so auch v. Liszt aO.); der Täter muß, um aus § 267 strafbar zu sein, wissen, daß er die falsche Urk. als Beweismittel im Rechtsleben gebrauche (RG. IV 3. Mai 95 G. 43 116); machte er von ihr „zum Scherz" oder „aus Neckerei" Anwendung, so fehlt ihm „die rechtswidrige Absicht" so gut wie das „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit"; denn alsdann will er nicht von einem Falsifikat im Rechtsleben Gebrauch machen. Es erhellt hieraus, daß die, in den Motiven keinen Anhalt findende, Annahme des zit. RG. E. 2 376, die Hervorhebung jenes Erfordernisses sei lediglich zu dem Zwecke geschehen, um dem bei der allgemeinen Fassung des Tatbestandsmerkmales des „Gebrauchmachens zum Zwecke der Täuschung" immerhin möglichen Mißverständnisse vorzubeugen, daß ein nicht rechtswidriges Gebahren unter § 267 falle (ähnlich Binding aO.), nicht richtig ist; denn so zweifellos die Worte „in rechtswidriger Absicht" formell auch auf das „Gebrauchmachen" sich beziehen (Berlin 14. Nov. 72 O. 13 597), so äußern sie doch ihre eigentliche, materielle Wirkung gerade in Hinsicht auf den zeitlich ersten Akt, die Herstellung des falschen urkundl. Beweismittels.

Eines Verg. aus § 267 macht sich hiernach weder schuldig, wer eine Urk. der dort bezeichneten Art nicht „in rechtswidriger Absicht", z. B. nur zu seiner Übung anfertigt, mag er auch nachher von ihr z. Z. d. T. Gebrauch machen (es greift dann § 270 Platz; das. N. 2), noch derjenige, der von einer falschen Urk. zwar als Urk. z. Z. d. T., jedoch nur aus Neckerei, Gebrauch macht, mag er sie auch vorher „in rechtswidriger Absicht", nämlich zu dem Zwecke hergestellt haben, sie demnächst als Beweismittel im Rechtsleben zu gebrauchen.

47) In Einzelfällen der Praxis des RG. ist die „rechtswidrige Absicht" mit Recht:

I. für vorliegend erachtet:

a. bei der Absicht des Täters, zur Erreichung eigenen Vorteils durch Täuschung mittels eines von ihm fälschlich angefertigten Schriftstücks seinem Konkurrenten im Gewerbebetriebe die diesem anderenfalls gebotene Benutzung eines Geschäftsvorteils zu entziehen; III 4. Feb. 80 E. 1 293;

b. bei der Absicht, gegen eine Anklage sich zu verteidigen (vgl. auch N. 48a); III 28. Apr. 92 G. 40 53, insbs. durch Änderung des Datums einer Urk. die Stempelstrafe abzuwenden; II 6. Feb. 85 R. 7 86, 1. Nov. 87, 3. Nov. 93, E. 16 262, 24 358, IV 12. Mai 93 G. 41 126 (vgl. dagegen III 13. Jan. 90 E. 20 192 btr. des anders liegenden Falles der Kassierung einer Vertragsurk. behufs Hinterziehung der verwirkten Stempelstrafe und Abschließung sowie Beurkundung eines neuen gleichlautenden Vertrages mit neuer Datierung unter Mitbenutzung des Konzeptes des alten Vertrages);

c. trotz der Hoffnung, der Namensträger werde (insbs. in einem Falle, wo es eines schriftlichen Vertrages bedurfte), die Unterzeichnung mit seinem Namen später genehmigen; II 2. Mai 82 E. 6 251 (s. jedoch IIa);

II. für ausgeschlossen erachtet (vgl. im allg. IV 29. Apr. 84 R 6 323 „wenn der Täter der Rechtswidrigkeit seiner Hdlg. wegen eines tatsächl. o. rechtl. Irrtums sich nicht bewußt gewesen sei"):

a. durch den Rechtsirrtum, daß die in Erwartung der Zustimmung des Namensträgers gefertigte Unterschrift von gleicher zivilrechtlicher Wirksamkeit sei wie eine echte; zit. E. 6 251; bzw. daß der Aussteller als Sohn nach dem Tode des Vaters berechtigt sei, über den zu dessen Lebzeiten fällig gewordenen Rentenbetrag in des Vaters Namen zu quittieren; IV 17. Juni 92 E. 23 178;

b. durch die Annahme des Einverständnisses desjenigen, mit dessen Namen das Schriftstück vollzogen wird; III 6. Juni 89 G. 37 281;

III. für nicht unbedingt ausgeschlossen erachtet:

a. durch die Zustimmung desjenigen, auf den die Unterschrift hinweist (vgl. N. 26 aE.); RG. II 8. Nov. 81 E. 5 151;

b. durch die Erwartung der Genehmigung desjenigen, auf dessen Namen die Urk. (z. B. eine Prozeßvollmacht) ausgestellt wird (u. zwar deshalb nicht, weil die §§ 267 ff. nicht bloß das Recht des Namensträgers gegen den Mißbrauch seiner Unterschrift schützten, sondern vielmehr allg. den Schutz des Rechtsverkehrs gegen die Gefahr einer Herstellung falschen urkundl. Beweises bezweckten; N. 26 aE.); II 2. Mai 82 E. 6 251.

48) Das Motiv, das dem Täter zu der Urkflschg. den Anreiz gab, ist für die Frage der rechtswidrigen Absicht nicht von Erheblichkeit; es kommt lediglich darauf an, ob nach den in N. 46 dargelegten Gesichtspunkten die Absicht eine „rechtswidrige" ist; bejahenden Falls kann das außerhalb der Hdlg. liegende Motiv nicht zu einer Verneinung der Schuldfrage führen; RG. II 22. Okt. 80 E. 2 376.

In der Praxis des RG. ist dieses in zahlreichen Einzelfällen anerkannt, so — außer btr. des Motives der Durchführung eines zustehenden Rechtes (N. 44_3) — insbs.:

a. btr. des Motives, im Untersuchungsverfahren Zwecke der Verteidigung zu verfolgen; I 3. Nov. 81, II 4. Jan. 84, III 16. März 85, E. 5 149, 9 399, 12 170; vgl. auch N. 47 Ib (die in dem N. 29 Ib zit. RG. E. 2 33 vertretene abweichende Ansicht ist durch spätere Entsch. — vgl. zit. E. 12 170 sowie II 1. Feb. 01 E. 34 114 — als aufgegeben anzusehen);

b. btr. des Motives der Eitelkeit, insbs. um auf Grund der gefälschten Geburts-

urkunde dem Standesbeamten gegenüber, der deren Einsicht behufs Erlaß eines Aufgebots bedurfte, jünger zu erscheinen; III 10. Mai 82 R. 4 466.

Teilnahme; Einheit u. Mehrheit der Handlungen; Verhältnis zu anderen §§.; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 49—52.

49) Bezüglich der Teilnahme (T. I Abschn. 3) gelten die allg. Grundsätze. Der Umstand aber, daß die Hdlg. bei der Urkflschg. in zwei gesonderte Akte zerfällt (N. 23), ist tatsächlich nicht ohne Bedeutung. So kann je nach Lage der Sache in dem Falle, daß einer die falsche Urk. herstellt, ein anderer von ihr behufs Täuschung Gebrauch macht, entweder Mittäterschaft (§ 47 N. 5) angenommen werden (RG. I 16. März 82, 24. Juni 86, R. 4 248, 8 481), oder auch seitens des Gebrauchenden das Delikt aus § 270, seitens des Herstellers des falschen Beweismittels Beihilfe bzw. auch Anstiftung dazu (andeutungsweise RG. III 28. Feb. 80 E. 1 230); ebenso: Binding Lb. 2 261, Hälschner 2 545, H. Meyer GS. 47 99; aM. Birkmeyer Teiln. S. 107, der Fälscher könne nicht Mittäter sein, ferner Oppenh.-D. N. 22, 30, der stets § 270 anwenden will, indem der Fälscher nur als Gehilfe o. Anstifter angesehen werden könne, während Merkel HH. 3 798 annimmt, daß der Fälscher als Gehilfe entweder aus § 270 o. aus § 267 zu strafen sei; vgl. auch Frank N. V 2b. Wegen der Möglichkeit einer Beihilfe nach bereits z. Z. d. T. erfolgter Vorlegung der Urk. vgl. das N. 35 zit. RG. G. 49 261.

Daß in dem Falle, wenn mehrere an der Urk. geschrieben haben, die falsche Anfertigung von der Person als Alleintäterin ausgegangen sei, die das Niedergeschriebene durch Beifügung einer falschen Unterschrift erst zu einer unechten Urk. gemacht habe, ist mit den Grundsätzen über Mittäterschaft unvereinbar; denn tatsächlich wird das falsche urk. Beweismittel, das im Einzelfall gebraucht werden soll, durch das verständigte Zusammenwirken aller Beteiligten hergestellt; so Hälschner 2 537; auch Berner S. 599 N. 1.

50) Die Frage, ob eine und dieselbe Straftat (§ 73) oder ob verschiedene selbständige strafb. Hdlgen (§ 74) vorliegen, taucht auf, sowohl dann, wenn nur eine falsche Urk. hergestellt, von ihr aber verschiedenen Personen gegenüber Gebrauch gemacht wurde, als auch dann, wenn der Gebrauch verschiedener falscher Urkunden zu gleicher Zeit einer Person gegenüber stattfand.

a) Im ersteren Falle liegt Realkonk. einer Urkflschg. aus § 267 mit einem oder mehreren Delikten aus § 270 vor, wenn nicht besondere Umstände die tatsächliche Einheit der mehreren Fälle des Gebrauchmachens ergeben. So: RG. III 2. Feb. 81, 11. Nov. 86, E. 3 311, 15 290, RMG. I 14. Dez. 03 E. 6 166, ähnlich: Hälschner 2 548, v. Schwarze N. 39. AM. einerseits: Binding Hb. 1 558 u. Lb. 2 254, 262 (der insbs. die Annahme einer Realkonk. zw. §§ 267 u. 270 für unmöglich hält), Merkel HH. 3 798, Frank N. V 2b aE., es liege ein lediglich aus § 267 zu behandelndes fortgesetztes Delikt vor, andererseits Oppenh.-D. N. 32 u. Rubo N. 13, die stets verschiedene selbständige Delikte annehmen und zwar jener aus § 267 u. § 270, dieser nur aus § 267.

b) Im zweiten Falle liegt stets nur eine Urkflschg. vor; denn der das Delikt vollendende Gebrauch von der Urk. geschieht durch einen und denselben Akt, der zusammen mit den verschiedenen Einzelakten der Herstellung falscher urkundlicher Beweismittel zu einer einzigen strafb. Hdlg. sich vereinigt (vgl. § 73 N. 5); dieses gilt selbst dann, wenn die Herstellung der verschiedenen falschen Urkunden in der Absicht geschah, von ihnen einzeln zum Zwecke der Täuschung Gebrauch zu machen. So RG. zit. E. 15 290, III 24. Sept. 88 R. 10 515; sachlich auch Binding Lb. 2 253 (es trete eine durch § 73 bewirkte Verwandlung der ursprüngl. Real- in eine nachtr. Idealkonk. ein).

51) Das Verhältnis des § 267 zu anderen §§. kommt namentl. in Frage:

a) Bei den Münzdelikten (T. I Abschn. 8). Während man zwar darüber einig ist, daß die §§ 147, 148 i. V. mit § 149 als die spezielleren den § 267 ausschließen, wird namentl. von Hälschner 2 588 die Ansicht vertreten, daß § 146 mit Urkfälschg. in Idealkonk. treten könne, da er eine Verwirklichung der erforderlichen Absicht durch ein „Gebrauchen o. sonstiges Inverkehrbringen" nicht verlange. Richtiger wird aber dem Geiste der Bestimmungen entsprechend anzunehmen sein, daß die Münzdelikte überhaupt den Urkfälschgs-

delikten gegenüber als besondere Gesetze anzusehen seien; so: Binding Lb. 2 334, Frank N. IX u. früher schon Löwenstein Verbrechenskonk. S. 67; aM. Gerland GS. 59 316 f.

b) Bei der wissentl. falschen Anschuldigung (§ 164); hier kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden; so RG. II 22. Sept. 82 E. 7 47 (gebilligt von John ZStrW. 6 64) btr. einen Fall, wo die Anschuldgg. durch Einreichung eines fälschlich angefertigten Geständnisses des fälschlich Beschuldigten an die StAschaft verübt wurde.

c) Beim Betruge (§ 263); vgl. § 268 N. 9b.

d) Bei anderen Fällen der Urkflschg.; vgl. §§ 268 N. 1, 269 N. 1, 270 N. 1, 2, 274 N. 5.

e) Beim Verg. aus § 355; das. N. 6.

f) Beim § 363; vgl. daselbst die verschiedenen Noten.

g) Beim InvVG.; vgl. N. 8 Ie sowie btr. des Verg. gegen: § 184 RG. FS. 20. Aug. 02 G. 49 282; § 187, (§ 154, des alten IVVG.) RG. IV 11. Apr. 99 E. 32 116.

52) Die Hauptstrafe ist Gef. von 1 T.—5 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl. § 280. Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 268.

Eine Urkundenfälschung, welche in der Absicht begangen wird, sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, wird bestraft, wenn

1) die Urkunde eine Privaturkunde ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann;
2) die Urkunde eine öffentliche ist, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, neben welchem auf Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein, welche bei der Fälschung einer Privaturkunde nicht unter Einer Woche, bei der Fälschung einer öffentlichen Urkunde nicht unter drei Monaten betragen soll. Neben der Gefängnißstrafe kann zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

PrStGB. §§ 247, 250, 251. Entw. I §§ 241, 244, 245, II § 263.
Vgl. MStGO. § 341; BGB. § 2339 Nr. 4; InvVG. § 184₂.

1) Das Delikt der einfachen Urkflschg. (§ 267) gestaltet sich durch Hinzutritt eines i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. zum Verbrechen der schweren Urkundenfälchung.

Der straferhöh. Umst. besteht in der, neben der allgemein erforderten und deshalb auch für den Fall des § 268 stets festzustellenden (RG. I 6. Dez. 80 E. 3 168) „rechtswidrigen Absicht", noch ferner erforderten „Absicht, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen Schaden zuzufügen"; so: Binding Lb. 2 263, Rubo N. 2, v. Schwarze N. 1; aM. John ZStrW. 4 90 N. 1, beide Absichten seien ebensowenig in einer Frage wie in einem Tatbestande unterzubringen, während Simonson Vorteil S. 29 eine Mittelmeinung dahin vertritt, die Absicht des § 268 gehe weder notwendig in der des § 267 auf, noch müsse sie neben ihr einhergehen.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes folgt, daß die Absicht auf eine rechtswidrige Bereicherung bzw. Beschädigung nicht gerichtet zu sein braucht. So: RG. I 5. Feb, 3. Mai 80, 30. Juni 90, III 16. Okt. 84, E. 1 186, 2 42, 21 69, 11 155, I 28. Juni 86 R. 8 493 (vgl. auch II 3. März 03 E. 36 167, insbs. 172 f.), Geyer 2 103, v. Liszt S. 526, Lucas S. 385, Meves HH. 3 994, H. Meyer S. 712, v. Schwarze N. 2, Fuchs G. 19 425. AM.: Binding Hb. 1 464 N. 24 u. Lb. 2 264 (der Sprachgebrauch des StGB. sei zu ungenau, als daß

aus dem Fehlen des „rechtswidrig", das häufig weggelassen werde, geschlossen werden dürfe, auch die auf Erlangen eines rechtsmäßigen Vorteils gerichtete Absicht sei Qualifikationsgrund), Hälschner 2 550, Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. 3 799, Frank N. 1 1, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 3, Simonson aO., Davidsohn Urkdel. an Postanweisungen S. 44.

Wegen der Bedeutung von „Absicht" vgl. § 263 N. 49; das dort Gesagte trifft auch hier zu, obschon neben die „gewinnsüchtige" Absicht (N. 2) alternativ (N. 4) noch die schadensüchtige Absicht (N. 3) tritt.

2) Die auf einen Vermögensvorteil gerichtete Absicht ist nach dem in N. 1 Bemerkten auch dann anzunehmen, wenn der Fälscher durch den Gebrauch der Urk. sich oder einem anderen einen erlaubten oder gar einen ihm zustehenden Vermögensvorteil verschaffen wollte (vgl. § 267 N. 44, 48). Weil übrigens der, unmittelbar oder mittelbar, angestrebte Vermögensvorteil ein rechtswidriger nicht zu sein braucht, so muß ihm auch nicht notwendig die Beschädigung des Vermögens eines anderen entsprechen, wie solches beim rechtswidrigen Vermögensvorteil der Fall ist (§ 263 N. 45_2); Berlin 11. März 74 O. 15 143. Aus eben dem Grunde leitet RG. I 20. Juni 95 E. 27 300 die Folgerung ab, es könne jene Absicht auch dann vorliegen, wenn der Fälscher der versprochenen Zahlung für eine unsittliche Hdlg. eines anderen (Hingabe zum Beischlaf) sich entziehen wollte; dies erscheint bedenklich (Frank N. 1 1); denn selbst falls der Fälscher angenommen haben sollte, es bestehe für ihn eine rechtl. Verpflichtung, so handelt es sich, insoweit § 268 in Betracht kommt, doch nur um ein Putativdelikt; der Fälscher glaubte lediglich irrtümlich, einer rechtl. Verpflichtung sich zu entziehen, während eine solche nicht bestehen konnte; vgl. § 263 N. 18_2.

Unter Berücksichtigung dieser Abweichung gegenüber dem Betruge (§ 263 N. 45, 46) finden im übrigen die Ausführungen bezüglich des Tatbestandsmerkmals der gewinnsüchtigen Absicht beim Betruge auch hier Anwendung und zwar sind zu vergleichen hinsichtlich des „Vermögensvorteils" N. 43, hinsichtlich der „Verschaffung" eines solchen N. 47 und hinsichtlich der Worte „sich oder einem anderen" N. 48 zum § 263. Daß insbs. diese Wendung gleichbedeutend ist mit der im § 263 gebrauchten „sich oder einem Dritten", ist zweifellos; hier nimmt übrigens Rubo N. 5 an, der andere könne auch derjenige sein, dem gegenüber von der falschen Urk. zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht werde, was sehr bedenklich erscheint.

Dagegen kann die Ausführung in N. 50 zum § 263 über die Notwendigkeit des Kausalzusammenhanges zwischen der gewinnsüchtigen Absicht einerseits und der Täuschung bzw. Vermögensbeschädgg. andererseits hier nicht etwa in der Weise entsprechend zur Anwendung gebracht werden, daß der Vermögensvorteil durch das Delikt der Urkflschg. selbst erstrebt sein muß; eine solche Forderung läßt sich weder aus dem Wortlaute des Gesetzes, noch aus dem strafrechtl. Begriffe der Absicht ableiten, noch folgt dies (ebensowenig wie im Falle der §§ 272, 349) aus der besonderen Natur der Straftat. Es fällt demnach namentl. auch die Begehung einer Urkflschg. gegen Gewährung o. Zusage eines Lohnes unter § 268; an einem bewußten Kausalzusammenhange zwischen der begangenen Urkflschg. und der erforderlichen Absicht fehlt es auch hier nicht. So: RG. II 9. Okt. 88 E. 18 145 (btr. § 272), III 8. Dez. 87 R. 9 713 (btr. § 349, der auch dann Anwendung finde, wenn die Tat aus § 348 durch den Beamten infolge Bestechung verübt sei), Frank N. 1 1, Rüd.-St. N. 5. AM. Binding Lb. 2 267. Wenn RG. IV 25. Okt. 89 E. 20 6 angenommen hat, es brauche der durch die Urkflschg. erstrebte Vermögensvorteil nicht lediglich durch den Gebrauch der Urk. erlangt zu werden, vielmehr genüge es, wenn der Gebrauch der Urk. zur Herbeiführung des Erfolges mitwirken konnte und der Täter in dieser Absicht Gebrauch machte, so hat damit obige Frage nicht entschieden werden sollen.

Wegen der Kasuistik vgl. § 263 N. 44, insbs. 1 k (Abwendung einer Geldstrafe btr.).

3) Bei der „Absicht, einem anderen einen Schaden zuzufügen", fragt es sich vor allem um den Sinn des Wortes „Schaden", namentl. ob es trotz seiner an sich weiteren Bedeutung (vgl. § 366[5]) hier mit „Vermögensschaden" gleichzustellen sei. Für diese Auslegung spricht zunächst die Alternative der „Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen", sowie der Tatbestand des Betr., der die in gewinnsüchtiger Absicht vorgenommene „Vermögensbeschädgg." eines anderen erfordert und dem (vgl. Motive zum Entw. II § 202)

der Tatbestand der schweren Urkflschg. genähert werden sollte. Dazu kommt, daß im StGB. dem weiten Begriffe „Vorteil" (vgl. §§ 49a N. 15, 257 N. 39) der im § 274 gebrauchte Ausdruck „Nachteil" gegenübersteht (das. N. 7). Berechtigt schon dieses zu der Annahme, daß das StGB. mit „Schaden" den engeren Begriff „Vermögensschaden" — als Gegensatz zum „Vermögensvorteil" (§ 263 N. 43) — im Sinne habe, ähnlich wie § 257 den Ausdruck „Vorteil" an erster Stelle als „Vermögensvorteil" versteht (§ 257 N. 31), so ist jedenfalls entscheidend, daß die ohnehin erforderliche „rechtswidrige Absicht" (N. 1) die Absicht, einem anderen einen „Schaden" i. w. S. zuzufügen, stets in sich schließt; denn die „rechtswidrige Absicht" besteht wesentlich darin, von einer falschen Urk. zum Zwecke der Beweiserbringung im Rechtsleben Gebrauch zu machen (vgl. § 267 N. 46, auch 44, 45), was die Absicht, einem anderen einen Schaden — wenn auch nicht notwendig einen Vermögensschaden — zuzufügen, in sich schließt. So: Hälschner 2 552, Merkel HRl. „Urkflsch." u. HH. 3 800, Schütze S. 488 N. 15, Frank N. I 2, Davidsohn Urkdel. an Postanweisungen S. 46. AM: RG. III 12. März 83, II 13. Feb. 00, I 28. März 01, E. 8 187, 33 137, 34 243 (vgl. auch das § 267 N. 11_3 zit. G. 40 324), Berner S. 601, Binding Lb. 2 66, Geyer 2 103, Lucas S. 386, v. Liszt S. 526, H. Meyer S. 713, v. Wächter S. 468, Oppenh.-D. N. 5, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 3, die namentl. auch die Absicht, einem anderen an seiner Freiheit oder Ehre (so auch zit. E. 34 243) zu schaden, für ausreichend erachten.

Wegen des Begriffs des „Vermögensschadens" sind die N. 18 ff. zum § 263 zu vergleichen. Daß der Betroffene den Schaden zu erleiden gesetzlich verpflichtet ist, erscheint für die Annahme einer Schädigungsabsicht bedeutungslos; wie auch bei der gewinns. Urkflschg. der erstrebte nicht rechtswidrige Vorteil unter das Gesetz fällt (N. 1, 2), so ist auch für die Schädigungsabs. kein Erfordernis, daß dem Betroffenen dadurch ein Unrecht zugefügt werde; zit. RG. E. 34 243.

4) Die eine (N. 2) oder die andere (N. 3) Absicht, deren Arten als bloße, eine alternative Feststellung zulassende, Modalitäten der strafb. Hdlg. sich darstellen (§ 47 N. 29; Ostern Alternativität S. 152, Wertheimer Mischgesetze S. 53) muß bei der gesamten Handlung, also namentl. auch z. B. des Gebrauchmachens, vorliegen; denn die Urkflschg. muß in einer solchen Absicht „begangen" worden sein, wenn § 268 Platz greifen soll; RG. III 2. Mai 98 G. 46 315, Merkel HH. 3 801, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 8. Darnach entfällt die Anwendbarkeit des § 268 namentlich falls jene qualifizierende Absicht bei der Herstellung der falschen Urkunde noch nicht obwaltete, sondern erst bei deren Gebrauchmachen; alsdann greift § 270 i. V. mit § 268 Platz; aM. Binding Lb. 2 263 N. 2.

5) Die Vollendung des Verbr. erfordert die Verwirklichung des angestrebten Vermögensvorteils bzw. Schadens nicht (§ 267 N. 42); RG. I 12. Feb., 3. Mai 80, R. 1 350, E. 2 42. Aber auch nicht einmal die Möglichkeit der Verwirklichung ist notwendig, das Gesetz begnügt sich ausschließlich mit der Absicht; RG. I 5. Feb. 80 E. 1 186. Es kann deshalb der gesuchte Vermögensvorteil lediglich in der Einbildung des Täters vorhanden sein; RG. IV 21. Okt. 98 E. 31 286.

6) Im Anschluß an die verschiedenen Tatbestände der einf. Urkflschg. (§ 267 N. 5, 10), die dadurch gegeben sind, daß die falsche Herstellung entweder auf eine inländische oder ausländische öffentl. Urk. oder auf eine Privaturk., die zum Beweise von Rechten 2c. erheblich ist, sich bezieht (vgl. aber Binding Lb. 2 268), stellt § 268 zwei verschiedene Strafandrohungen auf, je nachdem die Urk. eine „Privaturkunde" (Nr. 1), selbstverständlich von der oben bezeichneten Beschaffenheit, oder eine „öffentliche" (Nr. 2), gleichgültig, ob inländische oder ausländische, Urk. ist.

Wenn auch im letzteren Falle härtere Strafen angedroht sind als im ersteren, so bildet dennoch die Eigenschaft einer Urk. als „öffentliche" nicht einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO.; denn da die strafb. Urkflschg. überhaupt Urk. bestimmter Art voraussetzt und nicht etwa die Fälschung aller Urk. strafbar ist, so erscheint die „Öffentlichkeit" einer Urk. als ein strafbedingendes Moment, gleichwie die „Beweiserheblichkeit für Rechtsverhältnisse" bei einer Privaturk. Während aber beim Verg. des § 267 diese Verschiedenheiten des Tatbe-

standes nicht für erheblich genug erachtet sind, um daran verschiedene Strafandrohungen zu knüpfen, ist solches bei dem Verbr. aus § 268 für geboten erachtet.

7) Was den strafbaren Versuch des Verbr. aus § 268 betrifft, so ist notwendige und selbstverständliche Voraussetzung, daß die in Frage kommende Hdlg. in der Absicht (N. 1) vorgenommen sein muß, welche die vollendete schwere Urkflschg. erfordert (§ 43 N. 6).

Im übrigen gewinnt für die Frage nach der Abgrenzung des Versuchs gegenüber der bloßen Vorbereitungshdlg. (wg. der Abgrenzung gegenüber der vollendeten Tat s. N. 5), der Satz, daß der Begriff des strafb. Versuches nicht den Anfang mit sämtlichen zum Tatbestande der vollendeten Hdlg. gehörigen Einzelakten bedingt (§ 43 N. 14_2), mit Rücksicht auf die beiden, den äußeren Tatbestand der Urkflschg. bildenden Akte (§ 267 N. 23), eine besonders praktische Bedeutung, ähnlich wie bei der Teilnahme an der Urkflschg. (§ 267 N. 49).

Liegt die erforderliche Absicht vor (Abs. 1), so kommt zunächst in Frage, ob in der Herstellung eines falschen urk. Beweismittels behufs demnächstigen Gebrauches im Rechtsleben schon ein Versuch der Urkflschg. gefunden werden könne; dafür spricht entschieden der Tatbestand des § 363_1. Während aber früher, insbs. von RG. I 2. Okt. 82 E. 7 54, Hälschner 2 553, Schütze S. 487 N. 13, v. Schwarze N. 7a u. SächsGZ. 25 26 die Ansicht vertreten wurde, daß die Frage nicht unbedingt beantwortet werden könne, ihre Entscheidung vielmehr von der gegebenen Sachlage abhänge, ist richtiger weitergehend in der Herstllg. der falschen Urk., unter der Voraussetzung der erforderlichen Absicht, unbedingt ein Versuch zu sehen; so: RG. IV 27. Mai 87 E. 15 133, Merkel S. 122 u. HH. 3 801, 4 448, Berner S. 600, 603, Binding Lb. 2 248, Geyer 2 104, v. Liszt S. 525, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 9. Dagegen wird ein solcher von Rubo N. 11, Cohn Versuch 1 640, Baumgarten Versuch S. 413, Kohler Studien 1 18 u. Davidsohn Urkdel. an Postanweisungen S. 50 überhaupt verneint.

Übrigens führt die Folgerichtigkeit zweifellos dahin, daß unter Umständen auch schon der bloße Beginn der Herstellung des Falsifikats als Versuch sich darstellen kann; Merkel, v. Liszt aO., Frank N. II. Mit Recht verneinte dagegen RG. III 17. Dez. 85 E. 13 212 das Vorliegen eines Versuchs in einem Falle, wo die Hdlg. des Täters, der die von ihm beabsichtigte Urkflschg. durch Holzdruck begehen wollte, nur bis zur Herstellung des Holzstockes und Anfertigung eines Probedruckes vorgeschritten war (§ 43 N. 12). Freiwilliger Rücktritt (§ 46 [1]) würde vorliegen, wenn der Täter nach Herstllg. der falschen Urk. den Entschluß, sie z. Z. d. T. zu gebrauchen, aufgibt; Binding Lb. 2 248.

Zweifellos kann hiernach ferner in der Übergabe der falschen Urk. an einen gutgläubigen Dritten, damit dieser sie einem Dritten zum Zwecke der Täuschung vorlege, ein Versuch gefunden werden, sofern nicht den Umständen nach in jener Hdlg. schon ein „Gebrauchmachen z. Z. d. T." liegt (§ 267 N. 36); so insbs.: Dresden 25. Juni 73, München 5. Aug. 76, St. 3 133, 6 343; aM. Baumgarten Versuch S. 415 N. 19 btr. Möglichkeit einer bereits vollendeten Tat.

8) Wegen Teilnahme vgl. § 267 N. 49. Wer in rechtswidriger Absicht und in der besonderen, im § 268 bezeichneten Absicht, eines anderen sich bedient, der, ohne in die Absichten jenes vollständig eingeweiht zu sein, lediglich in rechtswidriger Absicht eine Urkflschg. aus § 267 begeht, kann sich nach den Grundsätzen der mittelb. Täterschaft (I. Abschn. 3 N. 5_4) einer schweren Urkflschg. aus § 268 schuldig machen; RG. III 8. Dez. 80 E. 3 95.

9a) Wegen des Verhältnisses zur Unterschlagung (§ 246) vgl. § 263 N. 56 e II α.

b) Der Betrug (§ 263) hat mit der schweren Urkflschg. zwar dadurch, daß diese in ihrer einen Modalität die „gewinnsüchtige Absicht" erfordert (N. 2), eine nahe Berührung; doch ist das Verbr. des § 268 weder, wie die Motive anzunehmen scheinen, lediglich „ein ausgezeichneter Fall des Betruges", noch geht der Betr. im Tatbestande des § 268 auf; RG. I 3. Mai 80 E. 2 42. Als wesentliche Unterschiede zwischen Betr. und der bezeichneten Modalität der schweren Urkflschg. bleiben immer bestehen: Die schwere Urkflschg. erfordert den Gebrauch einer falschen Urk. als „Urkunde" derartig, daß die Täuschung eines anderen durch Ermöglichung ihrer Einsicht bewirkt werden soll (vgl. § 267 N. 24 ff., 35, 37), während der Betr. auch durch eine echte, aber inhaltlich unwahre Urk., ferner durch eine

bloße **Verweisung** auf eine Urk., endlich auch durch Benutzung der Urk. nicht als Urk., sondern **in einer anderen Eigenschaft** (RG. III 5. Feb. 81 E. 3 337), bewirkt werden kann. Die schwere Urkflschg. fordert ferner nur eine auf einen „Vermögensvorteil" gerichtete Absicht (N. 1, 2), während beim Betr. ein **rechtswidriger** Vermögensvorteil erstrebt werden muß. Dazu kommt, daß die schwere Urkflschg. den Eintritt einer „Vermögensbeschädgg." (N. 5) nicht erfordert, während der Betr., wenigstens der vollendete, eine solche voraussetzt.

Es ergibt sich hieraus, daß die schwere Urkflschg., selbst in der oben bezeichneten Richtung, mit dem Betr., und zwar auch mit seinem Versuch, in Idealkonk. (§ 73) treten kann. So die GM., insbs.: RG. III 3. Dez. 79, 18. Dez., I 3. Mai 80, E. 1 111, 2 42, 3 169, RMG. I 12. Feb. 03 E. 4 210, auch Frank N. III, abgesehen vom Betrugsversuch. AM. Merkel HH. 3 801 (§ 268 schließe § 263 aus), auch Hälschner 2 554, der jedoch die Folgerichtigkeit der gegnerischen Ansicht für den Fall anerkennt, daß die qualif. Urkflschg. eine auf einen **rechtswidrigen** Vermögensvorteil gerichtete Absicht nicht erfordere. Bei vorliegender Idealkonk. mit Betr. ist zu beachten, daß die Strafandrohungen des § 263 die milderen sind, daß dagegen § 264 eine härtere Strafe androht als Nr. 1 und eine gleiche wie Nr. 2 des § 268. Gerade mit Rücksicht auf § 264 ist es übrigens von praktischer Wichtigkeit im Falle vorliegender Idealkonk. auch dann, wenn die Bestrafung wegen schwerer Urkflschg. erfolgen muß, dennoch die Verurteilung zugleich wegen „Betruges" eintreten zu lassen (§ 73 N. 24b).

10) **Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten** Verbr. ist Zuchthaus (§ 14_2) u. zwar im Falle der Nr. 1 von 1—5 J., im Falle der Nr. 2 von 1—10 J. Im Falle **mild. Umst.** (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) tritt Gefängnisstr. bis 5 J. (§ 16) ein u. zwar im Falle der Nr. 1 von 1 W., im Falle der Nr. 2 von 3 Mt. an. Außerdem ist in allen Fällen Geldstr. fakultativ zulässig (§ 27), u. zwar im Falle der Nr. 2 von 150—6000 M., sonst von 3—3000 M.; in den Fällen der Nr. 1 u. 2 ist sie nach § 28_2 für den **Fall der Unbeibringlichkeit** in Zuchth. umzuwandeln. Als **Nebenstrafe** ist durchweg nach § 32 BbER. zulässig.

Der **Versuch** (N. 7) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

11) Die **Strafverfolgung verjährt** nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist im Falle: der Nr. 1 Strafk.; GVG. § 73[2];
der Nr. 2 SchwG.; GVG §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 269.

Der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde wird es gleich geachtet, wenn Jemand einem mit der Unterschrift eines Anderen versehenen Papiere ohne dessen Willen oder dessen Anordnungen zuwider durch Ausfüllung einen urkundlichen Inhalt gibt.

PrStGB. § 248. Entw. I § 242, II § 264.
Vgl. MStGO. § 341 sowie BGB. § 2339 Nr. 4.

1) **Die Bedeutung** des § 269 geht lediglich dahin, daß die daselbst bezeichnete Hdlg. der „**fälschlichen Anfertigung einer Urkunde**" gleichgeachtet wird (§ 267 N. 1, 24). Es handelt sich aber weniger um eine „authentische Interpretation des § 267", wie Rubo das. N. 1 annimmt, als darum, daß eine Modalität hinsichtlich eines einzelnen Tatbestandsmerkmales der, einfachen bzw. schweren, Urkflschg. aufgestellt wird, während im übrigen das Vorliegen des Tatbestandes des § 267 bzw. § 268 die Voraussetzung für die Anwendung des § 269 bildet; so: RG. II 18. Jan. 81 E. 3 227, Hälschner 2 255; dagegen sieht Binding Lb. 2 237 u. ebenso Frank N. 1, ähnlich wie Rubo, in der unbefugten Blankettausfllg. ohne weiteres einen Fall der Anfertigg. einer falschen Urk., weshalb er § 269 für überflüssig erachtet. Da sonach bloße **Modalitäten** derselben strafb. Hdlg. in Frage stehen, so ist eine **alternative** Feststellg. btr. § 267 u. § 269 zulässig (§ 47 N. 29); RG. III 9. Dez. 86 E. 15 67, IV 13. Mai 92, 30. Sept. 01, G. 40 44, 48 387, Ostern Alternativität S. 157, Wertheimer Mischgesetze S. 59.

2) Die im § 269 der „fälschlichen Anfertigung einer Urk." (§ 267 N. 30 ff.) gleichgeachtete Tätigkeit besteht darin, daß „einem mit der Unterschrift eines anderen versehenen Papiere ohne dessen Wissen oder dessen Anordnungen zuwider durch Ausfüllung ein urkundlicher Inhalt gegeben wird".

Es ergibt sich daraus, daß § 269 abweichend von § 267 (das. N. 20) nur an schriftliche Urk. denkt, während die körperl. Unterlage der Urk. gleichgültig ist, so gut wie sonst (§ 267 N. 3a); so mit Recht Binding Lb. 2 236; aM. Rubo N. 2, nur „Papier", freilich i. w. S. des gewöhnlichen Lebens, dürfe das Substrat bilden.

3) Das „Papier" muß mit der „Unterschrift" eines anderen versehen sein, wodurch nicht ausgeschlossen ist, daß es noch einen weiteren Inhalt trage; Mannheim 5. Mai 73 St. 3 221. Nur darf dieser mit „Unterschrift" versehene Inhalt — soweit er durch die Ausfüllung erweitert wird — nicht bereits eine Urk. i. S. des § 267 ausmachen; denn § 269 beruht, wie die Motive bemerken, gerade auf der Voraussetzung, daß „die Ausfüllung in einer Weise erfolge, daß das ausgestellte Blankett nunmehr als eine Urk., wie sie im § 267 bezeichnet wird, sich darstelle"; anderenfalls würde durch einen — rechtserheblichen — Zusatz der Tatbestand des § 267 erfüllt werden; so die GM., insbs. RG. I 6. Dez. 80 E. 3 142; in der Sache ist wohl kaum abweichend III 9. Dez. 86 E. 15 67 (das darauf hinweisend, wie auch ein reines Blankoakzept der Beweiserheblichkeit nicht entbehre, dafür erachtet, es sei § 269 nur dann ausgeschlossen, wenn bereits eine fertige Urk. vorliege; das entscheide sich aber nicht danach, ob das Schriftstück nach einer beliebigen Richtung hin als Urk. anzusehen sei, sondern danach, ob diejenige Urk. bereits vollendet vorhanden sei, die das Schriftstück bei vollständiger Ausfüllung zum Ausdruck zu bringen bestimmt sei), sowie II 9. Okt. 94 E. 26 138 (der gesamte Inhalt eines Testamentsentwurfes brauche nicht als untrennbare Einheit behandelt zu werden, vielmehr sei es unbenommen, die einzelnen Dispositionen auf ihren Inhalt zu prüfen); ähnlich I 19. März 96 G. 44 46 btr. eines mit einem Blankoakzepte versehenen Wechselformulars. Das Gesagte gilt namentl. auch dann, wenn der über der Unterschrift befindliche urk. Inhalt gänzlich beseitigt und dann dem Papier ein vollständig neuer urk. Inhalt, unter Benutzung der Unterschrift, gegeben wird (§ 267 N. 28c). Daß die „Unterschrift" den Namen einer existierenden Person enthalte, ist hier sowenig wie bei § 267 (das. N. 31) erforderlich; Binding Lb. 2 236.

Hieraus ergibt sich einmal, wie es darauf nicht ankommt, daß das Papier gerade mit einer Unterschrift versehen ist; gemeint ist vielmehr nur, daß es eine Namensschrift tragen müsse, welche die Möglichkeit gewährt, daß sie in Verbindung mit einer vorgenommenen Ausfüllung des Papiers eine Urk. bilde; so die GM. Deshalb konnte Blankettfälschung zutreffend in der Benutzung eines mit dem Vordruck des Namens des Absenders versehenen Briefumschlags gefunden werden; RG. I 11. Mai 03 G. 50 286.

Es kann aber weiter auch darauf nicht ankommen, daß das Papier eine Unterschrift trage; denn da § 269 den Fall vorsieht, daß durch den Mißbrauch eines Blanketts eine Urk. hergestellt wird, so ist nicht der „geschriebene Name" eines Ausstellers erforderlich, sondern es genügt jede Unterschrift in dem § 267 N. 18b entwickelten S., namentl auch eine durch mechanische Vervielfältigung hergestellte, weil solche zur Herstellung eines Schriftstückes mit urkundlichem Inhalte ausreicht. So: RG. III 13. Nov. 90 E. 21 183, zit. G. 50 286, Binding Lb. 2 236. AM.: Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze § 267 N. 3 A. 6.

4) Einem mit der Unterschrift eines anderen, in dem N. 3 erläuterten S., versehenen Papier, einem sog. Blankett, muß „durch Ausfüllung" ein „urkundlicher Inhalt", u. zwar i. S. des § 267 (das. N. 3c) gegeben worden sein; Merkel HH. 4 445 u. HRgutachten S. 41. Dabei kann freilich die mitwirkende, auch nachfolgende Tätigkeit eines anderen in Aussicht genommen sein; RG. II 9. Okt. 24 E. 26 138 (btr. eine Ausfüllung in einem Testamentsentwurfe, dessen gerichtl. Hinterlegg. bevorstand).

Aus dem in N. 1 Bemerkten folgt übrigens, daß, wenn die „Ausfüllung" des Blanketts in der im § 268 bezeichneten Absicht geschieht, dessen Nr. 1 u. 2 entsprechend zu unterscheiden ist, ob dem Blankett der Inhalt einer Privat- o. einer öffentl. Urk. gegeben wird.

5) Die Ausfüllung selbst muß geschehen sein entweder gänzlich unerlaubt, „ohne den Willen" des Ausstellers der Unterschrift (vgl. z. B. RG. I 6. Dez. 80 E. 3 142), oder in einer inhaltlich unrichtigen Weise, „dessen Anordnungen zuwider", also unter Mißbrauch des erteilten Vertrauens, indem ein anderer als der verabredete Inhalt gegeben wird; so die GM. Die „Anordnung" braucht keine ausdrückliche zu sein; RG. II 4. Okt. 98 G. 46 423. Ob die etwaige Vereinbarung, auf welcher die „Anordnung" beruht, zivilrechtl. verbindlich war, ist gleichgültig; RG. IV 12. Juni 00 G. 47 378. Beide Alternativen schließen sich sonach gegenseitig aus. Von dem zit. RG. E. 3 142 ist die letztere Alternative angenommen bei Ausfüllung eines mit der Unterschrift eines anderen versehenen Papieres, das dieser in bestimmter Höhe mit einem wechselrechtlichem Inhalte zu versehen gestattet hatte, mit einem höheren Betrage.

Bei Unterschreitung des Auftrages (z. B. durch Eintragung von 5% Zinsen statt 6%) wird regelmäßig infolge vermuteter Zustimmung des Unterzeichners der Dolus fehlen; Binding Lb. 2 238.

6) Konkurrenz, und zwar je nach Umständen ideale (§ 73) oder reale (§ 74), mit Betr. (§ 263) ist in der Weise denkbar, daß jemand zunächst einen anderen durch Täuschung zur Hergabe seiner Unterschrift auf einem Blankett bestimmt, demnächst aber dem erlangten Blankett einen urkundl. Inhalt ohne den Willen des Getäuschten gibt. AM. Dresden 16. Apr. 75 St. 6 5, das in der Benutzung der durch Betr. erlangten Unterschrift eine konkurrierende Straftat überhaupt nicht sieht, höchstens aber Idealkonk. annimmt.

§. 270.

Der Urkundenfälschung wird es gleich geachtet, wenn Jemand von einer falschen oder verfälschten Urkunde, wissend, daß sie falsch oder verfälscht ist, zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht.

PrStGB. § 249. Entw. I § 243, II § 265. StB. S. 717.
Vgl. BGB. § 2339 Nr. 4.

1) Abweichend vom § 269 (das. N. 1) bezeichnet § 270 nicht eine Tätigkeit, die einem Einzelakte der strafb. Urkflschg. gleichgeachtet wird, vielmehr stellt § 270 einen selbständigen Tatbestand auf, welcher „der Urkundenfälschung" selbst „gleichgeachtet" wird (§ 267 N. 1); Rubo N. 1. Als prozessuale Folge ergibt sich, daß eine alternative Feststllg. aus §§ 267, 270 nicht zulässig ist (Ostern Alternativität S. 157, Wertheimer Mischgesetze S. 59), daß im schwurgerichtl. Verfahren der Tatbestand des § 270 gegenüber einem Eröffnungsbeschl. aus § 267 nur mittels Hilfsfrage gestellt werden kann, sowie daß vor der Strafk. StPO. § 264 zur Anwendung zu bringen ist; so RG. I 1. Nov. 01, IV 5. Dez. 02, E. 34 413, 36 23, während III 2. Juni 02 E. 35 299 alternative Feststllg. für zulässig erklärt, trotzdem aber eine Abweichung von dem zit. E. 34 413 leugnet; gg. jene Entsch. auch Binding Lb. 2 262 N. 3. Die Gleichachtung des § 270 mit § 267 geschieht freilich im unmittelbaren Anschluß an den in den §§ 267, 268 bzw. 269 aufgestellten Tatbestand der Urkflschg. i. e. S., woraus sich ergibt:

a) § 270 hat ausschließlich Urk. der im § 267 bezeichneten Art (das. N. 2—22, 30) im Auge; so auch die Motive u. RG. I 8. Nov. 80, II 1. Feb. 84, 20. März 85, 26. Okt. 86 E. 2 425, 10 68, 12 112, 15 4. Da § 270 lediglich eine stillschweigende Bezugnahme auf die vorangegangenen §§. bzw. den dort vorausgesetzten Urkbegriff enthält, so bedarf es auch bei Anwendung des § 270 der Feststellung, daß es um eine Urk. i. S. des § 267 sich handele.

b) Der § 270 setzt jedenfalls eine „rechtswidrige Absicht" i. S. des § 267 (das. N. 46) voraus; so die GM., insbs. RG. II 20. März 85 E. 12 112. Da aber bezüglich dieses subjektiven Momentes nicht, wie beim Urkbegriff, eine, wenn auch nur stillschweigende Bezugnahme auf den § 267 vorliegt, es vielmehr nur durch den inneren Zusammenhang der Vorschriften gefordert erscheint, so ist die ausdrückliche Feststellung der rechtswidrigen Absicht im nicht-schwurgerichtl. Verfahren nur bei angeregtem Zweifel geboten, im schwurgerichtl. Verfahren aber unzulässig (vgl. über eine ähnliche Frage § 219 N. 2 1); aM. zit.

RG. E. 12 112, die rechtswidrige Absicht habe im Falle des § 270 mit als „Tatbestandsmerkmal" zu gelten, weshalb sie in die schwurgerichtl. Frage aufzunehmen sei; ebenso: Löwe-H. StPO. § 293 N. 3c, Oetker GS. 64 91 (stillschw. Bezugnahme auf § 267).

c) Liegt im Falle des § 270, außer der „rechtswidrigen Absicht", auch noch die im § 268 bezeichnete Absicht (das. N. 2—4) vor, so muß die Bestrafung nach § 268 erfolgen (vgl. auch den bei der sog. intellektuellen Urkflschg. entsprechenden § 273); so, außer den Motiven, namentl. Berlin 15. Feb. 78 St. 8 250.

2) Hiernach besteht die Abweichung des im § 270 aufgestellten Tatbestandes (wg. der Fragestllg. im schwurgerichtl. Verfahren vgl. — abgesehen von dem N. 1b zit. E. 12 112 — RG. II 14. Okt. 92 E. 23 259) gegenüber dem der Urkflschg. i. e. S. lediglich darin, daß statt der „Herstellung eines falschen, urkundlichen Beweismittels" (§ 267 N. 24—34) das Wissen davon, daß die „falsche oder verfälschte" — öffentliche o. private für Rechtsverhältnisse beweiserhebliche — „Urkunde" eine „falsche oder verfälschte" sei, gefordert wird. Der zweite Akt der Urkflschg. i. e. S., „das Gebrauchmachen von der falschen oder verfälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung" (§ 267 N. 35—42), bildet somit allein den Inhalt der aus § 270 strafb. Hdlg.

Eine i. S. der §§ 267, 269 „falsche oder verfälschte Urkunde" ist hiernach die objektive Voraussetzung des § 270. Dagegen wird nicht verlangt, daß die Urk. durch eine aus den §§ 267—269 bzw. 43, 48, 49 strafb. Hdlg. zu einer „falschen oder verfälschten" geworden oder auch nur, daß die fälschliche Herstellung in „rechtswidriger Absicht" erfolgt sei; RG. II 8. Apr. 81 E. 4 69, RMG. I 14. Dez. 03 E. 6 166, Binding Lb. 2 260 f., Hälschner 2 555, Merkel HH. 3 802, Frank N. 1, Rüd.-St. N. 2, v. Buri GS. 36 314. Gerade deshalb findet § 270 auch dann Anwendung, wenn der von der Urk. zum Zwecke der Täuschung Gebrauch Machende diese früher selbst, jedoch nicht „in rechtswidriger Absicht", verfälscht oder fälschlich angefertigt hatte (§ 267 N. 1); so die GM., insbs. das zit. RG. Ein weiterer Fall der Anwendung des § 270 liegt dann vor, wenn die Herstellung des falschen urk. Beweismittels „in rechtswidriger Absicht" erfolgt und es schon früher zum Zwecke der Täuschung gebraucht worden war, nunmehr aber durch eine fernere selbständige Handlung von neuem davon Gebrauch gemacht wurde; so das § 267 N. 50a zit. RG. E. 3 311.

3) Ein Versuch (§ 43) des Deliktes aus § 270 liegt vor, sobald mit dem „Gebrauchmachen" zwecks der Täuschung begonnen worden ist; Binding Lb. 2 261, Geyer 2 104, v. Liszt S. 525. Wegen der Möglichkeit eines „Beginnes" des Gebrauchmachens vgl. §§ 267 N. 36, 268 N. 7 letzt. Abs.

Wegen Teilnahme (T. I Abschn. 3) an einem Delikte aus § 270 vgl. § 267 N. 49, wg. Konkurrenz mit § 267 das. N. 50a.

4) Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. §§ 267 N. 52, 268 N. 10, 11.

§. 271.

Wer vorsätzlich bewirkt, daß Erklärungen, Verhandlungen oder Thatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet werden, während sie überhaupt nicht oder in anderer Weise oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft oder von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

PrStGB. § 255. Entw. I § 250, II § 266.

Vgl. § 273 sowie: MStGO. § 341, BGB. § 2339 Nr. 4, SeemannsO. §§ 107_2, 114_2.

Zu §§ 271—273. N. 1, 2.

1) Der eigentlichen, sog. materiellen, Urkflschg. (§§ 267—270) werden die Fälle der sog. intellektuellen Urkflschg. in den §§ 271—273 in wesentlicher Übereinstimmung mit der dort gewählten Anordnung angereiht, indem nämlich: § 271 (entsprechend den §§ 267, 269)

die einfache, § 272 (entsprechend den §§ 268, 269) die schwere intellekt. Urkflschg. behandelt, während § 273 (entsprechend dem § 270) der intellekt. Urkflschg. i. e. S. einen gewissen anderen Tatbestand gleichachtet.

Wie die Bezeichnung „materielle Urkflschg." unzutreffend ist, weil es gerade im Falle der §§ 267 ff. auf die materielle Unrichtigkeit nicht ankommt, so ist auch sein Gegensatz „intellektuelle Urkflschg." irreleitend, weil hier die Urk. echt und nur ihr Inhalt materiell unrichtig ist; RG. I 29. Juni 83 R. 7 438, v. Liszt S. 526, H. Meyer S. 717 N. 53, Schütze S. 489 N. 17, Frank N. 1. Vgl. übrigens A. S. Schultze ZStW. 22 138, der darauf hinweist, daß letzteres auch i. F. des § 269 zutreffe, weshalb dieser gleichfalls der intellekt. Urkflschg. zugerechnet werden müsse.

2) Die sog. intellekt. Urkflschg. bezieht sich objektiv nur auf „öffentliche Urkunden, Bücher und Register", nicht aber auf Privaturkunden. Nun zeigt zwar an sich die Erwähnung von „öffentlichen Büchern und Registern" neben „öffentlichen Urkunden", daß der Gesetzgeber keineswegs jedes den Charakter der „Öffentlichkeit" an sich tragende „Buch oder Register" als „öffentliche Urk." ansieht (Merkel HRgutachten S. 35). Allein diejenigen „öffentlichen Bücher u. Register", die § 271 im Auge hat, sind ausweislich des weiteren Inhaltes dieses §. trotzdem notwendig „öffentliche Urkunden" in dem § 267 N. 5 ff. erläuterten S. (ebenso Binding Lb. 2 280); denn Voraussetzung ist nicht nur, daß in ihnen „Erklärungen zc. als abgegeben oder geschehen beurkundet" worden sind, sondern insbs. noch solche Erklärungen, „welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind". Öffentliche Bücher u. Register aber, d. h. solche, die öffentlichen Glauben besitzen (Rubo N. 5), mit dem eben angegebenen Inhalte entsprechen durchweg den Erfordernissen einer „öffentlichen Urk." (vgl. § 267 N. 3, 4, 5—9). Für den Tatbestand der sog. intellekt. Urkflschg. sind somit die „öffentlichen Bücher u. Register" — d. h. deren Einträge (Binding aO. N. 7) — nur besondere Arten der „öffentlichen Urkunden" überhaupt; so: Hälschner 2 557, v. Liszt S. 527, Oppenh.-D. N. 6, P. Merkel Urkunde S. 443; aM. Meves HH. 3 993. Ein Unterschied zwischen inl. u. ausl. öffentl. Urk. zc. (§ 267 N. 6) ist deshalb auch hier nicht zu machen; Oppenh.-D. N. 8, Haas Del. der intellekt. Urkflschg. S. 31.

Auf Grund der Reichsgesetzgebung sind namentl. als „öffentliche" anzusehen die: Vereinsregister (BGB. § 21), Güterrechtsregister (BGB. § 1563), Personenstdsregister (PersonenstdsG. § 15), Handelsregister (HGB. § 9_1), Wechselprotestregister (WO. Art. 90), Patentrollen (PatentG. § 19), die nach dem GebrMustG. (§ 3) u. WarenZG. (§§ 1 f.) zu führenden Rollen, Musterregister (MustG. § 9), Genossenschaftsregister (GenG. § 10), Schiffsregister (BinnenSchG. §§ 119, 121; FlaggenG. § 5), sowie das Grundbuch (GrundbuchO. §§ 11, 93). Dagegen sind die nach dem ImpfG. zu führenden Impflisten und die Impfscheine (vgl. § 278 N. 1) keine öffentl. Register bzw. Urkunden; RG. II 28. Apr. 96 E. 28 332; auch kommt den nach der BundesratsB. v. 16. Juni 1882 (RZBl. S. 309) seitens der StAschaften zu führenden „Strafregistern" keine Urkqualität i. S. des § 271 zu, da dem Registerbeamten nicht die Aufgabe zugewiesen ist, eine selbständige Beurkundung vorzunehmen; RG. I 19. Sept. 87 R. 9 432. Erforderlich ist nach allg. Grundsätzen (vgl. §§ 267 N. 5 f., 348 N. 5), daß die öffentl. Urk., der Eintrag i. d. Register von dem zuständigen Beamten, in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist, da sonst eine öffentl. Urk. überhaupt nicht zustande gekommen; Binding Lb. 2 281. Nach dem zit. RG. E. 12 62 soll deshalb die vom Standesbeamten zwar unterschriebene, aber in dessen Abwesenheit von einer anderen Person bewirkte Eintragung in das Standesregister nach den Vorschriften des PersonenstdsG. die Bedeutung der Beurkundung in einem öffentl. Register nicht beanspruchen können; vgl. jedoch N. 3 sowie § 348 N. 4.

Was die nach der Landesgesetzgebung zu führenden Bücher zc. betrifft (vgl. aber auch § 9 der E. I Abschn. 1 N. 1_2 erwähnten, vom BR. angenommenen „Grundsätze"), so ist zunächst:

a. für Preußen die Eigenschaft als „öffentl. Register" bejaht: hinsichtlich der auf Grund des früheren Regl. für die Gefängnisse der Justizverwaltung von 1881 zu führen

den „Gefangenbücher I. u. II“, weil es hier um Beurkundungen im öffentl. Interesse, nicht um solche für den inneren Dienst sich handele; RG. II 5. Jan. 83, 4. Nov. 84, IV 24. Juni 85, I 10. Juli 93, E. 7 373, 11 188, 12 315, 24 308; ein gleiches muß gelten btr. sämtlicher nach der GefängnisO. f. d. Justizverwaltung v. 21. Dez. 98 — JMBl. S. 293 — zu führender „Gefangenbücher I—IV“; ein gleiches gilt ferner btr. der vom Minister d. Innern zuf. Erl. v. 22. März 98 eingeführten Gefangenbücher; RG. I 24. Juni 01 E. 34 299; btr. der im Gebiete des PrALR. von den Pfarrern zu führenden Kirchenbücher, insbs. der Taufregister; RG. IV 30. Juni 91 E. 22 118 (vgl. auch § 267 N. 8 IIIb); dagegen verneint i. d. Praxis des RG.: btr. des Einwohnermelderegisters in Berlin; II 2. Juni 85 E. 12 228; btr. der in Provinz Hannover bei den Standesämtern geführten sog. Personalnachrichten über die persönl. Verhältnisse der Verlobten; III 12. Dez. 89 E. 20 249; btr. einer seitens eines Aufsichtsrichters in seiner Eigenschaft als Justizverwaltungsbeamter an den Vorgesetzten erstatteten Anzeige; IV 16. Feb. 94 E. 25 127; btr. des Hauptjournals des Polizeigefängnisses zu Breslau; IV 1. Mai 96 E. 28 336;

b. für Bayern die Eigenschaft der Strafgefangenenverzeichnisse der Gefängniswärter als „öffentl. Urk.“ bejaht; RG. I 15. Feb. 92 E. 22 345; dsgl. für Elsaß-Lothringen; RG. I 7. März 01 E. 34 208; ebenso für Braunschweig hinsichtl. der bei den Amts- und Kreisgefängnissen geführten „Kerkerregister“; RG. III 3. Okt. 98 E. 31 262;

c. für Württemberg verneint, daß die Bewirkung der Eintragung eines falschen Namens, sei es in die gerichtl. Liste f. Untersuchungsgefangene, sei es in die vom Amtsrichter behufs Strafvollstreckung erlassene Verfügung unter § 271 falle, weil weder anzunehmen, daß der Gefangenwärter durch seine Einträge öffentl. Urk. mit authentischer Beweiskraft, insbs. hinsichtlich der Identität der Gefangenen, herstellen solle, noch daß die richterl. Weisung den Zweck habe, die Richtigkeit des im Urteil angegebenen Namens des Verurteilten festzustellen; RG. I 1. Apr. 86 E. 14 11, zit. R. 9 432.

Was insbesondere die Frage nach der Eigenschaft der Gefangenbücher i. w. S. als öffentl. Urk. betrifft, die zu a u. b bejaht, zu c aber verneint ist, so ist zu vergl. einerseits Binding Lb. 2 283, andererseits: Frank N. II 1, III, Silberschmidt ZStrW. 19 406 ff.

Zu § 271. N. 3—14.

3) Die Handlung besteht im Falle des § 271 wesentlich in dem vorsätzlichen „Bewirken“, daß eine öffentl. Urk. (vgl. N. 2) sofort bei ihrer Errichtung einen materiell unrichtigen Inhalt in näher bezeichneter Weise erhält, d. h. also in jeder dolosen Hdlg., durch die, ohne Unterschied des Mittels (Binding Lb. 2 289 f.), die unwahre Beurkundung verursacht ist, weshalb es gleichgültig ist, ob unmittelbar persönliche Erklärungen abgegeben werden; RG. I 7. Mai 83 R. 5 331, Lucas S. 388; vgl. jedoch das N. 2_2 zit. E. 12 62, das Täuschung für das einzige Mittel zu halten scheint, sowie RG. III 6. Dez. 83 E. 9 288, es setze § 271 als Regel voraus, daß der Täter in unmittelbare Beziehung zu dem Urk.-beamten trete und seine Tätigkt., seine Erklärungen 2c. unmittelbaren Ausdruck in der daraufhin erfolgten Beurkundung fänden; anerkannt aber wird die Möglichkeit des „Bewirkens“ durch einen anderen als „unbewußt tätiges Werkzeug“; so auch das u. zit. E. 13 367 (mittelbar täuschende Einwirkung auf die Urkperson durch zuvorige Täuschung des die Urk. vorbereitenden Gehilfen). In dem einfachen Geschehenlassen einer solchen Beurkundung o. dem Verabsäumen einer Berichtigung kann aber, falls der Dritte nicht als Werkzeug, sd. aus eigener Entschließung gehandelt hat, ein „vorsätzliches Bewirken“ selbst dann nicht gefunden werden, wenn beidem die Absicht der Wahrheitsentstellung u. Täuschung des Urkbeamten zugrunde lag und so hierdurch die Falschbeurkundung tatsächlich verursacht ist; RG. I 19. Dez. 04 G. 52 93. Weiter muß der Beurkundende, auf den eingewirkt wird, selbst stets ohne Dolus handeln, also in dem praktisch häufigsten Falle, daß Täuschung das Mittel bildet, ohne Kenntnis von der materiellen Unwahrheit des zu Beurkundenden getäuscht worden sein; andernfalls würde § 348 (das. N. 19) i. V. mit den §§ 48 f. Platz greifen; so die GM., insbs. RG. II 3. Juni 81, III 19. Okt. 85, 7. März 95, E. 4 246, 13 52, 27 100, I 14. Jan., 25. Feb. 86, R. 8 46, E. 13 367; aM. Binding Lb. 2 290 f., der den Anstifter aus §§ 271 f. strafen will. Zur Anwendbarkeit des § 271 ist aber weiter

nichts zu erfordern, als daß das Vorliegen einer Teilnahme am Amtsverg. nicht festzustellen ist, keineswegs aber die Feststellung, daß der Beamte nicht vorsätzlich gehandelt habe; so zit. **RG. E. 13** 52.

4) Die bewirkte Beurkundung muß betreffen „Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind". Also „Rechtserheblichkeit" der beurkundeten Erklärungen wird gefordert, nicht die „Beweiserheblichkeit der Beurkundung für Rechtsverhältnisse", die bei einer „öffentlichen Beurkundung" sich von selbst versteht (§ 267 N. 4, 11, 14); so: Hälschner 2 538, Rubo N. 3; aM. **RG.** II 29. Nov. 81 E. **5** 175, das Moment der Erheblichkeit begreife auch die Beweiserheblichkeit für Rechte 2c. in sich.

Wegen des Begriffs der „Rechtserheblichkeit" kann auf § 267 N. 11 ff. verwiesen werden; der N. 11_3 das. gemäß hat das o. zit. **RG.** E. **5** 175 angenommen, daß das Gesetz die Erheblichkeit für Rechte 2c. überhaupt verlange, also nicht notwendig für Rechte Dritter, so daß namentl. die Erheblichkeit für Rechtsverhältnisse publizist. Natur genüge.

5) In der Praxis des **RG.** ist für „rechtserheblich" erachtet worden (vgl. § 267 N. 12):

a. die bei der verantwortlichen Vernehmung zu Protokoll gegebene Erklärung (u. zwar seitens eines Dritten statt des verantwortlich zu Vernehmenden); I 27. Apr. 80 R. **1** 686;

b. die zum Geburtsregister dahin abgegebene Erklärung, daß der Anmeldende bei der Geburt des Kindes zugegen gewesen sei; II 20. Mai 81 E. **4** 194 (s. jedoch N. 6 Ia); bzw. daß die Geburt in einer bestimmten Ortschaft o. in einer bestimmten Wohnung einer Ortschaft erfolgt sei; III 16. Nov. 81 R. **3** 717, IV 28. Jan. 98 E. **30** 429;

c. die zum Sterberegister gemachte Aufgabe über eine angeblich zwischen der Anzeigenden und dem Erzeuger des unehel. Kindes, dessen Tod gemeldet wurde, bestehende Ehe; IV 17. Jan. 88 R. **10** 42;

d. unter Umständen die Besitznahme bei Vornahme einer Pfändung, auch wenn der Pfändungsakt selbst wegen formalen Verstoßes unwirksam ist; IV 29. Mai 85 R. **7** 338 (btr. § 348).

6) Bezüglich der Frage, wann eine rechtserhebliche Tatsache für „beurkundet" und insbs. für „mit öffentlichem Glauben beurkundet" zu gelten hat, sind § 267 N. 3, 5 (insbs. das N. 5 b zit. **RG.** R. **10** 589) bzw. § 348 N. 6a zu vergleichen; dementsprechend hat **RG.** II 10. Juli 95 E. **27** 350 den Tatbestand des § 271 in einem Falle verneint, wo jemand, um gemäß VZG. § 113 die zollfreie Herausgabe sog. Retourwaren zu erlangen, zu Protokoll eines Steuerbeamten über den Ursprung der Waren falsche Angaben gemacht und so diesen veranlaßt hatte, irrtümlich eine falsche Bescheinigung über den Ursprung der Waren auszustellen.

Nach den allg. Grundsätzen über „Beurkundung" kann eine rechtserhebliche Erklärung 2c. nur dann in einer öffentl. Urk. 2c. als abgegeben beurkundet gelten, wenn die Beweiskraft der Urk. auf jene Erklärung sich mit erstreckt, d. h. wenn die Urk. zum Beweise der btr. Erklärung 2c. bestimmt ist; soweit dieses nicht der Fall, liegt eine Beurkundung garnicht vor. So die GM., insbs. **RG.** II 1. Okt. 80, 20. Mai 81, III 6. Dez. 83, I 21. Mai 87, 28. Okt. 89, III 12. Dez. 89, 4. Juni 91, 6. Nov. 93, II 14. Nov. 99, E. **2** 303, **4** 194, **9** 288, **16** 87, **20** 15, 249, **22** 60, **24** 360, **32** 386; vgl. aber bezüglich der Rechtspr. des **RG.** Binding Lb. 2 284 f.

In der Praxis, insbs. des **RG.**, ist

I. angenommen, daß beurkundet werden:

a. Tatsachen; durch die ordnungsmäßig (vgl. das N. 2_2 zit. E. **12** 62) geführten Standesregister dies. Tats., zu deren Beurkundung sie bestimmt und die in ihnen eingetragen sind, gemäß PersonenstdsG. § 15; deshalb insbs.: α. durch die Geburtsregister nach § 22 das. nicht nur alle für den Personenstd. des Kindes rechtserheblichen Tatsachen, wozu auch die Religion der Eltern gehört (IV 29. Dez. 94 E. **26** 347), sondern auch nach Nr. 1 das. „Vor- u. Familiennamen, Stand o. Gewerbe u. Wohnort des Anzeigenden" (dagegen nicht — trotz der Rechtserheblichkeit — N. 5b — die Tatsache, daß der Anmeldende der Geburt beigewohnt habe; II 20. Mai 81, IV 28. Jan. 98, E. **4**

194, **30** 429; vgl. jedoch N. 7 IIIa), ferner die Tatsache der unehel. Zeugung bei Anerkennung der Vaterschaft nach § 25 aO. (RG. I 24. Jan. 95 E. **26** 408 btr. § 348); β. durch die Heiratsregister nach § 46₂ der Stand der Eheschließenden (II 14. Nov. 99 E. **32** 386); ferner das Leben o. der Tod der Eltern der Eheschließenden, weil dies in dem Erfordernis des § 54² das. btr. die Verpflichtung zur Angabe des Wohnorts der Eltern einbegriffen sei; I 29. Apr. 01 E. **34** 263; γ. durch die Sterberegister die nach § 59 das. einzutragenden Tatsachen, also namentl. der Familienname des Verstorbenen u. s. Eltern, weshalb das N. 5c zit. N. **10** 42 mit Recht annahm, daß die bei der Anzeige zum Sterberegister gemachte unwahre Angabe über eine zwischen der Anzeigenden und dem Erzeuger ihres unehel. Kindes, dessen Tod beurkundet werden sollte, bestehende Ehe den Tatbestand des § 271 darstelle; ferner die Wohnung, in der der Sterbefall eingetreten ist; II 10. Juni 04 E. **37** 207. Weiter durch die nach dem InvVG. ausgestellten Quittungskarten der in dem amtl. Ausfertigungsvermerk liegende Inhalt, insbs. Namen, Ort, Zeit der Geburt des Versicherten; das § 267 N. 8 Ie zit. E. **23** 178 sowie IV 24. Mai 98 G. **46** 327, auch III 23. Jan. 02 G. **49** 121;

b. Erklärungen:

α. durch die Anmeldungen zum Handelsregister (HGB. §§ 8 ff.), auch insoweit es um die in HGB. § 29 vorgeschriebene Zeichnung der Firma sich handelt, sowie btr. sonstiger Verhandlungen; I 5. Nov. 88 E. **18** 179 (dagegen seien die Handelsregister nicht bestimmt, Urkundenbeweis über die tatsächliche Richtigkeit der Anmeldungserklärung ihrem Inhalte nach zu erbringen); I 11. Feb. 04 G. **51** 187; zustimmend Binding Lb. **2** 282 N. 3;

β. durch die nach StPO. § 272 aufgenommenen Sitzungsprotokolle sowie durch die Strafliften insbs. die Erklärungen des Angekl. über seinen Namen; II 21. Jan., 29. Nov., 18. Feb. 81, E. **3** 204, **5** 175, R. **3** 58 (vgl. jedoch N. 7 IVb);

II. verneint, daß beurkundet werden:

a. durch die Heiratsregister (PersonenstdsG. §§ 15, 54) die Tatsache, ob eine frühere Ehe bestanden und ob sie gelöst ist (III 6. Nov. 93 E. **24** 360), bzw. durch das Sterberegister der Personenstand des einen Todesfall Anzeigenden, z. B. als Witwe, statt als bloß getrennt lebende (zit. E. **16** 87, III 12. Dez. 89 E. **20** 249);

b. durch die nach GewerbeO. § 110 vorgeschriebenen Eintragungen in die Arbeitsbücher die persönl. Verhältnisse des Arbeiters; III 30. Juni 90 E. **21** 31; durch die nach dem KrankVG. § 49 seitens einer Gemeindebehörde über die Anmeldungen versicherungspflichtiger Personen durch die Arbeitgeber geführten Verzeichnisse die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen; III 4. Apr. 87 E. **15** 414; durch den nach VZG. § 119 auszustellenden Legitimationsschein die Richtigkeit von Erklärungen, Verhdlgen o. Tatsachen; IV 20. März 94 G. **42** 49;

c. in Bayern durch die vom Leichenschauer ausgefertigten Totenscheine der Tag u. die Stunde des Todes (I 30. Nov. 82 E. **7** 335), bzw. durch die von den Gefängniswärtern zu führenden Verzeichnisse der Untersuchungs- bzw. Strafgefangenen bzw. die von jenen zu erstattenden Anzeigen die Richtigkeit der Namen, des Gewerbes u. Wohnortes der btr. Gefangenen; I 4. Feb. 86, 3. Mai 88, E. **13** 334, **17** 402, München ObersteSLG. 14. Jan. 04 E. **4** 197.

7) Die vom Täter bewirkte Beurkundung muß eine materiell unrichtige sein, und zwar, ausweislich des Gesetzes, derartig, daß rechtserhebliche Erklärungen, Verhandlungen und Tatsachen als — von einer existierenden oder nicht existierenden Person (RG. II 29. Nov. 81 E. **5** 175) — abgegeben oder geschehen (worunter auch Gegenwärtiges zu verstehen ist) beurkundet werden, während sie tatsächlich entweder: I. überhaupt nicht, oder II. in anderer Weise, oder III. von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft, oder IV. von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind. Die Stellung der Praxis, insbs. die des RG., ist folgende:

I. Angenommen wurde die Beurkundung einer „überhaupt nicht" geschehenen „Tatsache", nämlich: daß der die Vaterschaft eines unehelichen Kindes Anerkennende der Vater dieses Kindes sei (obgleich er es tatsächlich nicht war), bei Eintragung dieses Aner-

kenntnisses seitens des Standesbeamten in das btr. Geburtsregister; I 10. Nov. 79, III 19. Feb. 91, E. 1 9, 21 411 (letzteres btr. RheinR.).

II. **Angenommen** wurde die Beurkundung einer „**in anderer Weise**" geschehenen „**Tatsache**", nämlich:

a. daß der vorgeladene Angeschuldigte vor dem Vernehmungsgerichte erschienen sei, eine bestimmte Erklärung zu Protokoll abgegeben und es unterschrieben habe (während tatsächlich ein anderer als der Geladene erschienen war), bei Aufnahme eines Protokolles über die verantwortliche Vernehmung einer Person; I 27. Apr. 80 R. 1 685 (zustimmend: Hälschner 2 558, Merkel HH. 3 804 N. 3; aM. Oppenh.-D. N. 24); vgl. jedoch u. IV;

b. daß eine bestimmte Person wegen eines bestimmten Deliktes gerichtlich bestraft worden sei und die Strafe angetreten habe (während tatsächlich gegen eine andere Person verhandelt war und diese zum Strafantritt sich meldete), bei Eintragung der Verurteilung und des Strafantritts in die von der StASchaft geführten Strafliften; II 21. Jan., 29. Nov. 81, E. 3 204, 5 175.

IIIa. **Angenommen** wurde die Beurkundung einer „**von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft**" abgegebenen „**Erklärung**", nämlich: daß der eine Geburt zum Geburtsregister Anmeldende bei der Geburt zugegen gewesen sei, also die Meldung „in der Eigenschaft eines zur Anzeige gesetzlich Verpflichteten abgebe" (obgleich er nicht zugegen war), bei entsprechender Eintragung des Geburtsfalles seitens des Standesbeamten; II 26. Mai 81, IV 28. Jan. 98, E. 4 194, 30 429, III 3. Nov. 81 R. 3 686; vgl. auch III 29. Okt. 00 E. 33 435;

b. **verneint** dagegen bei Abgabe der Erklärung seitens einer Person, welche die Eigenschaft, in der sie handelte, auf eine anfechtbare Urk., z. B. eine von einem Handlungsunfähigen ausgestellte Vollmacht, stützt; III 6. Dez. 83 E. 9 288.

IVa. **Angenommen** wurde die Beurkundung einer „**von einer anderen Person**" geschehenen „**Tatsache**", nämlich, daß der **Untersuchungsgefangene** o. der **Verurteilte** N. N. während der vermerkten Zeit in Untersuchungs- bzw. in Strafhaft sich befunden habe (während statt seiner ein anderer zum Strafantritt sich stellte), durch Eintragung in die Register der Gefängnisverwaltung bzw. in die Strafliften seitens des zuständigen Beamten; II 4. Nov. 84, I 15. Feb. 92, 10. Juli 93, E. 11 188, 22 345, 24 308 (vgl. auch das u. b zit. E. 11 126); ferner, daß der die Ausstellung einer Quittungskarte gemäß InvVG. § 131 Nachsuchende den angegebenen Namen und Geburtstag habe (während die Ausstellung von einer anderen, bzw. zu anderer Zeit geborenen Person nachgesucht wurde), durch Ausstellung der Quittungskarte seitens des zuständigen Beamten; IV 24. Mai 98 G. 46 326;

b. **verneint** dagegen die Beurkundung einer „**von einer anderen Person**" abgegebenen „**Erklärung**" bei Abgabe von Erklärungen zu polizeilichen oder gerichtlichen Vernehmungsprotokollen im Vorverfahren o. in der Hauptverhandlung, weil die Protokolle keine Beurkundungen dafür herstellen wollten, daß die Erklärung über den Namen wirklich vom Namensträger abgegeben sei (so: Frank N. II 1, Silberschmidt ZStrW. 19 405; vgl. dagegen Binding Lb. 2 283), und weil andererseits dasjenige wahr sei, wofür unter Mitwirkung der dazu berufenen Beamten (richterlichen o. Verwaltungsbeamten) ein amtl. Beweismittel geschaffen worden; so: I 13. März, 18. Dez. 84 (dasselbe gelte btr. der Urteile; aM.: Dresden OLG. 3. Apr. 02 SächsA. 23 406, Frank N. II 1), III 29. Sept., II 4. Nov. 84, (letzteres die Urteile II 21. Jan., 29. Nov. 81, E. 3 204, 5 175 entsprechend „einschränkend") E. 10 243, 11 314, 126, 188, I 6. Juli 85 R. 7 469 (was für die gerichtl. aufgenommenen Protokolle gelte, sei in gleicher Weise für die Beurkundungen durch Verwaltungsbeamte entscheidend); ferner in Preußen bei Abgabe von Erklärungen des Empfängers eines Gesindedienstbuches gegenüber der dieselben in das letztere eintragenden Polizeibehörde; IV 20. Apr. 86 E. 14 98 (aM. ORA.; vgl. N. 8 307).

8) Die **objektive Rechtswidrigkeit** der Hdlg. bildet die selbstverständliche Voraussetzung auch dieses Deliktes. Mit Recht erachtet RG. I 27. Apr. 80 R. 1 686 diese dadurch nicht für beseitigt, daß der zur verantwortlichen Vernehmung im Vorverfahren Geladene

den im Termin Erschienenen (der für den Geladenen sich ausgab) beauftragt hatte, Einwand gegen die wider ihn erhobene Anzeige bei Gericht vorzubringen; denn der Geladene besaß nicht die Befugnis, in dem Termine durch einen anderen sich vertreten zu lassen.

9) Zur Bezeichnung des Dolus bedient § 271 sich lediglich des Wortes „vorsätzlich". Mit Rücksicht darauf genügt es aber nicht, wenn der Täter sich nur bewußt war, daß seine Hdlg. eine falsche Beurkundung zur Folge haben könne, vielmehr muß er auch dessen sich bewußt sein, daß die Tatsache, deren unrichtige Beurkundung er bewirkt hat, eine für Rechte ꝛc. erhebliche sei; RG. IV 20. März 85 R. 7 190; doch genügt das Bewußtsein, daß die Urk. für irgendwelche Rechte ꝛc. von Erheblichkeit sein könne (vgl. § 267 N. 45_2); Frank N. v, auch Lucas S. 159 f. Übrigens bedarf es nicht der Überzeugung vom Gegenteil desjenigen, was beurkundet wird, vielmehr genügt in dieser Beziehung Eventualdolus; RG. II 28. Dez. 88 E. 18 309, Binding Lb. 2 291, Frank N. v.

In der Praxis hat München 19. Juni 75 St. 5 137 mit Recht „einen auf Entstellung der Wahrheit und Täuschung des Beamten gerichteten Vorsatz mit dem Bewußtsein, eine falsche Aufnahme einer rechtserheblichen Tatsache in einer öffentl. Urk. herbeizuführen", für ausreichend erachtet, mit Recht erklärt ferner Berlin 4. Okt. 71, 4. Mai 75, St. 1 237, O. 16 333 die Absicht, eine unrichtige Beurkundung der Strafverbüßung herbeizuführen, bei Kenntnis davon, daß Listen über die Strafverbüßungen geführt werden, für genügend, während eine genaue Kenntnis der Art und Weise der Listenführung gleichgültig und die Absicht, daß der Verurteilte seine Strafe nicht verbüße, unerheblich sei.

Verneint wurde der „Vorsatz" von RG. IV 20. Sept. 87 R. 9 451 in einem Falle, wo der Erklärende in dem, wenn auch rechtsirrtümlichen, Glauben sich befand, er sei zu der Benutzung des fremden Namens berechtigt (weil das Bewußtsein gefehlt habe, eine durch das Eintreten seiner Person zu einer unrichtigen gewordene Beurkundung bewirkt zu haben).

10) Zur Vollendung des Verg., dessen Versuch nicht für strafbar erklärt ist (§ 43_2), gehört der vollständige Abschluß der Urk. durch den Beurkundenden; v. Liszt S. 528, Lucas S. 390, Rüd.-St. N. 3. Daß die Unterschrift des die unrichtige Beurkundung Bewirkenden zur Vollendung nicht erforderlich sei, wird nicht allgemein sich behaupten lassen (so jedoch Oppenh.-D. N. 9), vielmehr ist die Frage nach den einzelnen maßgebenden Formvorschriften zu beantworten; Binding Lb. 2 289 (287), Frank N. VI. Keine Voraussetzung für die Vollendung ist, daß von der bewirkten Beurkundung ein Gebrauch gemacht worden; Hälschner 2 559, Merkel HH. 3 805 (vgl. übrigens § 273 N. 2).

11) Über die Teilnahme (T. I Abschn. 3) gelten die allg. Grundsätze. Darnach sind diejenigen Personen Mittäter (§ 47), die durch ihr verständigtes Zusammenwirken die unrichtige Beurkundung bewirken; das können aber, falls es um die Beurkundung einer „Erklärung" sich handelt, auch andere Personen, außer dem Erklärenden selbst, sein, z. B. Rekognoszenten; so: RG. III 23. Jan. 02 E. 49 122, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 14; aM. Merkel HH. 3 805.

Wegen eines Falles der Anstiftung (§ 48), die begrifflich trotz des Tatbestandsmerkmales des „Bewirkens" (N. 3) durchaus denkbar ist (RG. IV 28. Jan. 98 E. 30 429), vgl. München 11. Nov. 73 St. 3 225.

Über einen eigentümlichen Fall einer Idealkonk. (§ 73) von Tätersch. u. Anstiftg. vgl. das zit. RG. E. 30 429.

12) In Idealkonk. (§ 73) wird die intellekt. Urkflschg. häufig zusammentreffen mit dem Verg. aus § 169 (vgl. namentl. die das. N. 4 zitt. Entsch. sowie RG. IV 16. März 94 E. 24 188). Im übrigen ist zu vergleichen wegen des Verhältnisses zum: § 153 das. N. 12, § 273 das. N. 2, § 348_1 das. N. 2 ff., § 363 das. N. 11.

Idealkonk. (§ 73) ist für ausgeschlossen erachtet mit GmbHG. (F. v. 20. Mai 1898) § 82[1]; RG. I 11. Feb. 04 E. 51 187; dagegen für nicht ausgeschlossen erachtet mit InvVG. § 184; RG. III 23. Jan. 02 E. 49 121; vgl. hierzu Silberschmidt, ZStrW. 22 67 f.

13) Über die Fragestellung im schwurgerichtl. Verfahren s. RG. IV 26. Jan. 00 E. 47 158.

14) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—300 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Wg. des Beginnes der Vjhrg. vgl. das § 67 N. 9_2 zit. RG. II 5. Dez. 90 E. 21 228.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 75[14].

§. 272.

Wer die vorbezeichnete Handlung in der Absicht begeht, sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

PrStGB. § 252 Abs. 1. Entw. I § 246 Abs. 1, 3, II § 267. Aktenst. Nr. 119 1. StB. S. 717.
Vgl. § 273.

1) Das Delikt der einfachen intellekt. Urkfschg. (§ 271) gestaltet sich durch Hinzutritt eines i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. zum Verbr. der schweren intellekt. Urkdfschg.

Wegen des straferh. Umst. selbst, der der gleiche ist wie der des § 268, vgl. die Ausführungen das. N. 1—3, 5, insbs. die in N. 2_3 zitt. den § 272 btr. Entsch.

2) Wegen der Möglichkeit des Versuches (§ 43) vgl. § 271 N. 10. Er beginnt mit der Einwirkung auf die Urkperson; Frank N. 11.

3) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1 bis 10 J. (§ 14_2); im Falle mild. Umst. (E. I Abschn. 4 N. 13a ff.) tritt Gefängnis von 1 T. bis 5 J. (§ 16) ein. In beiden Fällen ist außerdem fakultativ Geldstr. zulässig (§ 27) und zwar neben Zuchth. von 150—6000 M., die nach § 28_3 für den Fall der Unbeibringlichkeit in Zuchth. umzuwandeln ist, neben Gef. von 3—3000 M.; als Nebenstr. ist durchweg nach § 32 VbEN. zulässig.

Der Versuch (N. 2) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

4) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 273.

Wer wissentlich von einer falschen Beurkundung der im §. 271 bezeichneten Art zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird nach Vorschrift jenes Paragraphen und, wenn die Absicht dahin gerichtet war, sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, nach Vorschrift des §. 272 bestraft.

PrStGB. § 252 Abs. 2. Entw. I § 246 Abs. 2, II § 268.
Vgl. MStGO. § 341 sowie BGB. § 2339 Nr. 4.

1) In der Fassung weicht § 273 vom § 270, dem er sachlich völlig entspricht, (vgl. deshalb die N. zum § 270), nur deshalb ab, weil man es vermieden hat, für das Delikt aus § 271 eine technische Bezeichnung (insbs. „intellektuelle Urkfschg.") einzuführen.

Auch hier wird, entsprechend dem § 270 (das. N. 2_2), nur eine objektiv falsche Beurkundung vorausgesetzt, weshalb § 273 namentl. auch dann Platz greift, wenn die unrichtige Beurkundung auf einem selbständigen, nicht absichtlich durch einen Dritten hervorgerufenen Irrtum des Beurkundenden (§ 271 N. 3) beruht; RG. I 7. Okt. 80 R. 2 300, II 1. Feb. 84 E. 10 68, Binding Lb. 2 292, Hälschner 2 559, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St.

N. 11, Simonson Vorteil S. 64. Andererseits ist die Anwendung des § 273 nicht ausgeschlossen, wenn der Beamte die falsche Beurkundung **vorsätzlich** vorgenommen hat; so: Berlin 7. Dez. 76 St. 7 177, Simonson aO.; aM. Oppenh.-D. aO. Dagegen hat § 271 den zunächst getäuschten beurkundenden Beamten, der demnächst Kenntnis von der Unrichtigkeit des Inhalts der Beurkundung erlangt, als Subj. des Verg. nicht im Auge; allerdings gibt es keine den §§ 270, 273 entsprechende Strafbestimmung im Verhältnis zum § 348, allein eine solche ist auch mit Rücksicht auf den Tatbestand des § 348 (das. N. 9) entbehrlich; **RG.** I 14. Jan. 86 R. 8 46.

2) Fraglich ist, wie zu strafen sei, wenn der Täter des Vergehens aus § 271, d. h. derjenige, der die falsche Beurkundung vorsätzlich bewirkt hatte, **selbst** von der letzteren Gebrauch macht; die Annahme einer Realkonk. (§ 74) der §§ 271, 273 wird fast durchgängig verworfen, im übrigen aber entweder § 273 (so: v. Schwarze § 271 N. 15, Simonson, Vorteil S. 65) oder § 271 (so: Hälschner 2 559, Merkel HH. 3 805, Oppenh.-D. § 271 N. 29) **ausschließlich** angewendet. Letztere Ansicht wird **für die Regel** zutreffen; denn es liegt in dem Gebrauchmachen von der falschen Beurkundung, wenn es auch zum Tatbestande des § 271 (das. N. 10) nicht erfordert wird, dennoch meist nur eine weitere, eine selbständige Handlung nicht darstellende, Konsumierung des Delikts aus § 273, bei dem dem Täter der Natur der Sache nach die Absicht eines späteren Gebrauchmachens beiwohnt; nach Binding Lb. 2 293 u. Frank N. 1 ist die Bestimmung des § 273 denen der §§ 271 f., 348 subsidiär. Unbedingt aber ist die Möglichkeit einer **Realkonk.** nicht auszuschließen; denn die Frage nach dem Vorliegen einer einheitlichen, sich fortsetzenden Hdlg. oder mehrerer selbständiger Hdlgen liegt auf tatsächlichem Gebiete und ist je nach der Selbständigkeit des der Tat zugrunde liegenden Vorsatzes zu entscheiden; Rüd.-St. N. 12.

3) Wegen **Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit** vgl. §§ 271 N. 14, 272 N. 3, 4.

§. 274.

Mit Gefängniß, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann, wird bestraft, wer

1) eine Urkunde, welche ihm entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört, in der Absicht, einem Anderen Nachtheile zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt, oder
2) einen Grenzstein oder ein anderes zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal in der Absicht, einem Anderen Nachtheil zuzufügen, wegnimmt, vernichtet, unkenntlich macht, verrückt oder fälschlich setzt.

PrStGB. § 243 8. 7. Entw. I § 239 7. 6, II § 269. Aktenst. Nr. 92, 212.
Vgl. § 280 sowie: MStGO. § 341, BGB. § 2339 Nr. 4.

1) Der § 274 behandelt zwei, der Urkflschg. allerdings nicht „gleichgeachtete" Fälle, wie die §§ 269, 270 (vgl. das Abschn. 23 N. 2 zit. **RG.** G. **46** 123), wohl aber **verwandte Fälle**, die das PrStGB. in den Titel über Betrug gestellt hatte (Abschn. 23 N. 1); dieses war jedoch weniger richtig, weil § 274 weder eine gewinnsüchtige Absicht des Täters noch die Vermögensbeschädigung eines anderen erfordert.

Zu § 274 Nr. 1. N. 2–7.

2) Als **Objekt** verlangt Nr. 1 eine „**Urkunde, welche dem Täter entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört**" (vgl. dagegen GewerbeO. § 150[3]).

a) Unter „**Urkunde**" ist auch hier nur eine Urk. i. S. des § 267 zu verstehen; zwar liegt dies keineswegs so klar als beim § 270 (das. N. 1 a), weil dieser mit den vorhergehenden §§. im engsten Zusammenhange steht und namentl. das Wort „Urkflschg." geradezu eine Bezugnahme enthält; allein man wird doch annehmen dürfen, daß der Gesetzgeber, der die Fälschung, das typische Delikt des Abschn., nur an Urk. bestimmter Art straft, auch bei den übrigen Delikten des Abschnittes unter „Urkunden" nur die im § 267

bezeichneten verstanden wissen wollte. So: John HH. 3 184, v. Liszt S. 528 (521), Oppenh.-D. N. 5, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 5; vgl. auch Binding Lb. 2 293 N. 2 u. ausführlich P. Merkel Urk. S. 452 f. AM.: RG. III 22. Okt. 83 E. 9 141, II 6. Mai 84, IV 28. Okt. 87, R. 6 356, 9 537 (vgl. auch BStS. 19. Dez. 87 E. 17 103), Geyer 2 105, Hälschner 2 560, Merkel HH. 3 807, Frank N. 1 1, Rüd.-St. N. 4, Börne GS. 41 396, Warneyer G. 41 8, Zint Urkunterdrückg. u. Grenzfrevel S. 23 f.

Als Urk. i. S. der Nr. 1 ist namentl. erachtet ein zwecks Ausübung des Wahlrechts in die Wahlurne eingelegter Wahlzettel; RG. III 19. Okt. 91 E. 22 182; vgl. § 267 N. 19 4.

b) Eine Urk. „gehört" dem Täter „überhaupt nicht", wenn sie für ihn nach dem zutreffenden Zivilrecht eine „fremde" ist (§ 242 N. 5); Berlin 31. Okt. 73 St. 3 226.

c) Bestritten ist, wann eine Urk. dem Täter „nicht ausschließlich gehört". Darüber allerdings kann kein Zweifel herrschen, daß dies dann der Fall ist, wenn die Urk. im Miteigentum eines anderen steht; RG. II 21. März 84 E. 10 213; vgl. auch IV 20. Sept. 95 G. 43 244 btr. einen Fall, wo einem beiderseits unterschriebenen Pachtvertrage eine nachträglich verabredete, jedoch nur einseitig unterzeichnete Bestimmung beigefügt war. Zu Unrecht beschränken aber jene Voraussetzung auf diesen Fall: Hälschner 2 560 f., Merkel HH. 3 807, v. Liszt S. 528, H. Meyer S. 716, Frank N. 1 1, Herzog GS. 26 228 f. Besitzt ein anderer an der Urk. ein dingliches Recht, so gehört sie dem Täter nicht „ausschließlich", mag sie ihm auch „allein" gehören, d. h. in seinem alleinigen Eigentum stehen; so: Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 5, ferner Dresden 22. Jan. 72 St. 1 379, nach Sächs. Zivilr. hebe die Übergabe eines Wechsels zum Faustpfande die „Ausschließlichkeit" des Eigentums auf, ebenso RG. II 28. Apr. 05 E. 38 37, das hierzu weiter schon die bloße Übertragung des Besitzes der Urk. für ausreichend erachtet, falls vereinbart ist, daß unter gew. Bedingungen auch das Eigent. an ihr auf den anderen übergehen soll. Nach dem Zwecke der Strafvorschrift — Schutz des Beweisinteresses — genügt aber auch das nicht, um eine Urk. als dem Täter „nicht ausschließlich gehörend" zu bezeichnen; vielmehr reicht, um ihr diese Eigenschaft zu verleihen, auch bereits eine bezüglich ihrer bestehenden Vorlegungspflicht nach BGB. § 810 u. ZPO. § 422 (vgl. btr. der Handelsbriefabschriften eines Vollkaufmanns RG. III 27. Feb. 02 E. 35 145) aus; denn auch dann ist die Urk. zwar nicht als körperliche Sache, wohl aber ihrem Inhalte nach eine gemeinschaftliche und deshalb dem Täter nicht „ausschließlich" gehörend; so einerseits Oppenh.-D. N. 6, der wenigstens ein „erworbenes", sowie Kohler ArchZivPrax. 79 21, der ein „präsentes aktuelles, nicht bloß latentes" Editionsr. verlangt, andererseits Warneyer aO. S. 9 ff., der für ausreichend erachtet, wenn ein Dritter ein Recht darauf hat, die Urk. im Prozeß als Beweismittel geltend zu machen (ZPO. § 422); aM. RG. IV 18. Mai 00 E. 33 288. Prinzipiell wird der letzteren Ansicht beizutreten sein, für Fälle aber, wo die prozessuale Geltendmachung des Editionsr. noch nicht stattgefunden hat, der subjektive Tatbestand einer besonders sorgfältigen Prüfung unterliegen müssen. Binding Lb. 2 300, insbs. N. 6, erklärt unter Bezugnahme auf § 387² ZPO. aF. die diesseitige Ansicht für richtig; das Gebrauchsrecht entscheide; wie Binding, jedoch mit teilweise anderer Begründung, Zint aO. 29 f.

3) Die Handlung besteht darin, daß die Urk. „vernichtet, beschädigt oder unterdrückt" wird. Die Urk. kommt hier zwar vorwiegend in ihrer eigentümlichen Eigenschaft als Beweismittel in Betracht (RG. II 4. März 81 E. 3 370), aber keineswegs fallen jene Hdlgen nur dann unter § 274¹, wenn sie auf Beseitigung der Urk. als Beweismittel gerichtet sind; es kann z. B. bei dem Täter auch die Absicht obwalten, dem anderen die Einsicht der Urk. unmöglich zu machen und ihn so an der Vornahme der Rechtshdlgen zu hindern, die er bei Kenntnis von dem Bestehen der Urk. vorgenommen haben würde; RG. II 30. Juni 90 E. 20 413, Binding Lb. 2 300.

4) Bei der „Vernichtung" muß, nach der § 125 N. 3b gegebenen Begriffsbestimmung, die Urk. als Beweismittel völlig beseitigt sein; sie muß aufgehört haben, als Beweismittel zu bestehen; RG. II 4. Mai 81 E. 3 370. Das trifft jedenfalls zu, wenn auch deren substanzielle Unterlage beseitigt ist; Berlin 19. Juli 74 St. 6 196. Erforderlich ist aber nur, daß der auf der Unterlage befindliche urkundliche Inhalt, die Schrift oder

was deren Stelle vertritt, durch vollständige Auslöschung beseitigt wird; **RG.** I 3. Juli 82 R. **4** 670. Binding Lb. **2** 299 nimmt für die Regel Vernichtung schon an bei Beseitigung von „Text oder Unterschrift"; nur bei Urk., die ausnahmsweise keine Bezeichnung des Ausstellers zu enthalten brauchten, sei die Vernichtung der Ausstellerbezeichnung keine solche der Urk. selbst; Zint Urkunterdrückg. S. 38 sieht in der Austilgung der Unterschr. eine Vernichtung der Urk., falls der Erklärung dadurch die Erkennbarkeit des Erklärenden genommen werde.

5) Die „Beschädigung" (§ 303 N. 4a) einer Urk. liegt vor, wenn mit ihr eine Veränderung vorgenommen worden, die ihren Zweck, als Beweismittel zu dienen, beeinträchtigt, sei es, daß dadurch der äußere Bestand der Urk., sei es, daß unter Erhaltung ihrer Substanz ihr materieller Gehalt, d. h. die durch sie bekundeten Tatsachen, oder beide zusammen betroffen werden; **RG.** II 4. März 81, I 19. Jan. 84, E. **3** 370, **10** 43, II 29. Juni 80, 3. Dez. 86, R. **2** 135, 8 722, Binding Lb. **2** 299, Geyer **2** 105, v. Liszt S. 528, Zint Urkunterdrückg. S. 38. Beschädigungen, die die Beweiskraft der Urk. völlig unberührt lassen, fallen nicht unter § 274, sd. unter § 303; Binding, Zint aO. Wird nun die Hdlg. vorgenommen, um die Urk. als Beweismittel zu beseitigen, so liegt § 274[1] vor, während jene zu einem Akte der Verfälschung dadurch wird, daß sie gegen den Inhalt der Urk. sich richtet, und, sei es durch Vermehrung, Verminderung oder dessen sonstige Änderung, der Urk. die Bedeutung eines Beweismittels über Tatsachen verleiht, für die sie vorher überhaupt nicht oder nicht ausschließlich bestimmt war; die Verfälschung beläßt daher der Urk. ihren objektiven Charakter als Beweismittel und verändert nur ganz oder teilweise die Richtung und das Ziel ihrer Beweiskraft. So zutreffend das zit. **RG.** E. **3** 370 und darauf sich beziehend II 1. Feb. 01 E. **34** 114 (118). Vgl. auch Frank N. 1 2a u. o. § 267 N. 28 b.

Übrigens ist es Tatfrage, ob die mit einer Urk. vorgenommene Veränderung derartig erheblich ist, daß sie deren Beeinträchtigung als Beweismittel enthält und somit als „Beschädigung" sich darstellt; Berlin 20. Sept. 78 O. **19** 427. Die Möglichkeit der Beseitigung der verursachten Veränderung, z. B. durch Wegwischen der Bleistriche, durch Zusammensetzen der einzelnen Stücke, beseitigt aber keinesfalls die einmal eingetretene Beschädigung; so die zitt. **RG.** R. **2** 135, E. **10** 43.

Von dem zit. **RG.** R. **2** 135 ist die „Beschädigung" einer Urk. angenommen bei Durchstreichung der Unterschrift mittels Bleistriche, trotzdem der durchstrichene Name vollkommen leserlich blieb (mit Rücksicht auf die ZPO. §§ 416, 419).

6) „Unterdrücken (§ 169 N. 5) ist von weitergehender Bedeutung als „Beiseiteschaffen", welcher Ausdruck in dem einen verwandten Tatbestand enthaltenden § 133 (das. N. 5) gleichfalls neben „vernichten" und „beschädigen" gebraucht wird. Die Tätigkeit braucht aber nicht, wie das „Beiseiteschaffen" beweglicher Sachen, ein Fortschaffen von einem Ort an einen anderen zu sein, sd. sie begreift jede Vereitelung der berechtigten Verwendung der Urk., die nicht als Vernichtung o. Beschädgg. sich darstellt. So im wesentlichen: **RG.** I 22. Jan. 80 E. **1** 159 (Unterdrücken bestehe darin, daß die Urk. der Benutzung eines anderen entzogen und vorenthalten werde), Geyer **2** 105, Frank N. 1 2 b, Warneyer G. **41** 14, Zint Urkunterdrückg. S. 48 f., auch Meves HH. **3** 1004 (btr. der §§ 354, 355), sowie v. Liszt S. 528 (Unterdrücken umfasse sowohl das „Verheimlichen" als auch das „Beiseiteschaffen"), während Hälschner **2** 561, John HH. **3** 185 u. Oppenh.-D. N. 9 „Unterdrücken" mit „Beiseiteschaffen" gleichstellen. Allgemein anerkannt wird dagegen, daß das „Unterdrücken" kein dauerndes Vorenthalten verlange (N. 3). Heimlichkeit ist zum Begriffe nicht erforderlich; so: Frank, Zint aO.; aM. Warneyer aO.

Aber nicht jedes Vorenthalten einer Urk., „zum Nachteil eines anderen" (N. 7) enthält ein „Unterdrücken" i. S. der Nr. 1; will derjenige, der eine Urk. einem anderen entzieht, zugleich sich selbst durch den Gebrauch der Urk. einen Vorteil verschaffen, will er ihren Inhalt für sich verwerten und sie demgemäß später vorweisen, so liegt nicht eine „Unterdrückung" der Urk., sondern eine Aneignung oder eine auf solche gerichtete Hdlg. vor, so daß die §§ 242, 246 Anwendung finden; so: das zit. **RG.** E. **1** 159, Berlin 31. Okt. 73 St. **3** 226, Geyer **2** 106, Hälschner **2** 562, Oppenh.-D. N. 9, Zint aO. 57; aM.: **RG.** II

26. Jan. 83 E. 8 79, das Idealkonk. mit Diebst. annimmt, wenn jemand, um dem Gläubiger das Beweismittel bezüglich seiner Forderung zu entziehen, die Urk. sich wirklich aneignen wollte, Berlin 10. Jan. 77 O. 18 20, das „Unterdrückung" eines Wechsels annahm, obgleich der Betreffende, welcher denselben an sich behielt, erklärte, ihn auf eine später fällig werdende Forderung einbehalten zu wollen; ebenso Frank N. 13; vgl. auch v. Liszt aO., die Absicht, später selbst von der Urk. Gebrauch zu machen, schließe die Anwendung der Nr. 1 nicht aus. Nach Binding Lb. 2 299 sind „Vernichtung u. Beschädgg." an sich nur Unterarten der (gänzlichen o. teilweisen) „Unterdrückung", da das Gesetz aber beide mit der Unterdrückung in Alternative stelle, gewinne diese eine engere Bedeutung dahin, daß sie nur „die Hinderung der Verwendung der Urk. zum Beweiszwecke ohne Vernichtung o. Beschädgg." umfasse, sogar mit Aneignungsabsicht, falls der Diebst. der Unterdrückg. dienen solle (insofern ständen die §§ 242, 246 u. 274[1] im Verhältnis der Alternativität; Binding aO. N. 5).

In der Praxis des RG. ist die „Unterdrückung" einer Urk. z. B. angenommen:

a. bei bewußt unbefugter Annahme und Zurückhaltung eines irrtümlich von der Post an einen Dritten gelangten Briefes; I 15. Mai 84 E. 10 391;

b. bei Entfernung eines zwecks Ausübung des Wahlrechts in die Wahlurne gelegten Wahlzettels (in Idealkonk. mit § 108); das N. 2a zit. E. 22 182.

7) Der Dolus, der entfällt, falls der die Urk. Vernichtende dabei im Auftrage des Alleinberechtigten handelt (RG. IV 18. Mai 00 E. 33 288), u. ebenso bei berechtigter Selbsthilfe o. irrtüml. Annahme einer solchen (RG. II 24. Juni 87 E. 16 150; vgl. auch § 348 N. 16) erfordert insbs. die „Absicht, einem anderen Nachteile zuzufügen", wobei der Gebrauch von „Nachteile" statt „Nachteil" auf einem Druckfehler beruht, der in das, die Beschlüsse des RT. in dritter Beratung enthaltende, Aktenst. Nr. 212 sich eingeschlichen hatte.

a) Betreffs der Bedeutung des Wortes „Absicht" gilt das § 263 N. 49 Bemerkte entsprechend. So RG., jetzt namentl. III 2. Dez. 97 G. 46 37, sowie früher das zit. E. 16 150 (mit der weiteren Ausführung, daß mit dem Ziele der Benachteiligung eines anderen ein weiterer Zweck sich verbinden könne, der als Endzweck des Handelns sich darstelle u. sowohl in der Absicht, widerrechtliche Vorteile sich zu verschaffen, wie in der Absicht, sich vor Schaden zu bewahren, bestehen könne); ferner III 1. Feb. 83 R. 5 80 (wenn es auch für Fälle, in denen wegen tatsächlichen Zusammenfallens des eigenen Vorteils u. des fremden Nachteils die den einen wie den anderen Zweck verfolgende Willensabsicht als einheitlicher Vorsatz zu behandeln sei, es nicht für schlechthin rechtsirrtümlich erachtet, falls die Gewinnsucht als die vorherrschende Absicht, die Benachteiligungswirkung als das begleitende Bewußtsein bezeichnet werde), 10. Mai 82 R. 4 470 (gelegentlich: § 348_2 habe ausdrücklich und im bewußten Gegensatze zu § 274[1] nur von vorsätzlicher Beschädgg. gesprochen), endlich I 15. Mai 84 E. 10 391 (es sei gleichgültig, ob mit der Benachteiligungsabsicht der davon untrennbare Wille eigenen Vorteils zusammentreffe); ebenso Rüd.-St. N. 8 und Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 16; weitergehend v. Liszt S. 528 u. Frank N. 13 (Abs. sei gleich Beweggrund), welcher Ansicht Geyer 2 106 entgegentritt. Der tatsächliche Eintritt eines Nachteils ist nicht erforderlich (N. 13).

b) „Nachteil" hat eine ganz allgemeine Bedeutung (vgl. § 268 N. 3); der Begriff ist also keineswegs auf vermögensrechtliche Verluste beschränkt, vielmehr fällt „jede äußerlich erkennbare und definierbare Beeinträchtigung fremder Rechte" darunter; so: RG. III 23. Okt. 80 R. 2 374 (btr. der Entziehung einer Urk. aus fremdem Besitze, obgleich gegen das darin verlautbarte Rechtsgeschäft eine gültige Einrede zugestanden haben würde), Binding Lb. 2 301 N. 4, Geyer 2 106, Hälschner 2 562, v. Liszt S. 528 (526), H. Meyer S. 716, Frank N. 13, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 2, Warneyer G. 41 17; aM. Merkel HH. 3 807, sowie Brodmann Urk. S. 76, der unter Nachteil nur den durch Verlust des Beweismittels drohenden Nachteil versteht. Das allerdings wird durch die Fassung des Gesetzes zweifellos klar gestellt, daß der beabsichtigte Nachteil nicht bereits in der Einwirkung auf die Urk. selbst gefunden werden darf, sondern noch selbständig daneben

liegen muß; so RG. II 10. Mai 98 E. 31 143 sowie außer Merkel (auch in HRl. „Grenzverrückg.“) Hälschner, Frank u. Warneyer: Oppenh.-D. N. 7 u. v. Schwarze N. 3.

c) Der „andere“, dem der Nachteil zugefügt werden soll, muß nach der Vorstellung des Täters an der Urk. ein rechtl. Interesse haben, das durch deren Vernichtung rc. verletzt werden würde; die Tat wird also gegen den sich richten, bei dem ein Beweisinteresse vorausgesetzt wird (N. 2c); so RG. III 4. Feb. 80 E. 1 181 u. Warneyer aO. S. 18, die freilich beide, wenigstens dem Ausdrucke nach, objektiv ein solches Interesse auf seiten des „anderen“ finden, obschon die Vollendung die Benachteiligung eines anderen überhaupt nicht erheischt (N. 13); vgl. dagegen Binding Lb. 2 301, wem der Nachteil zugefügt werden solle, sei gleichgültig; ebenso Oppenh.-D. N. 1.

d) In der Praxis des RG. ist die „Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen“, z. B.

I. bejaht: bei der Auslöschung der in eine Sammelliste eingetragenen Namen der Geber, um dadurch dem btr. Fonds den Nachweis über den ihm veruntreuten Betrag zu entziehen; I 3. Juli 82 R. 4 670; bei der Empfangnahme von, Bestellungen enthaltenden, an einen Konkurrenten gerichteten Postkarten; I 15. Mai 84 E. 10 391; bei der Absicht, einem anderen ein Beweismittel zu entziehen, oder auch nur den Nachweis seines Rechts im Zivilpr. zu erschweren; II 3. Dez. 86, 29. Dez. 91, R. 8 722, E. 22 283;

II. verneint: bei der Vernichtung rc. einer Urk. zum Zwecke der Stempelhinterziehung; so das zit. E. 1 181, weil die Vereitelung des Strafvollzuges durch Vernichtung eines Überführungsmittels unter den Gesichtspunkt eines dem Fiskus zugefügten Nachteiles nicht zu ziehen sei, ein bei dem weiten Begriffe von „Nachteil“ kaum stichhaltiger Grund.

Zu § 274 Nr. 2. N 8—12.

8) Der äußere Tatbestand der Nr. 2 scheidet sich wesentlich nach zwei Richtungen, indem die Hdlg. entweder auf die Beseitigung (Wegnahme, Vernichtung, Unkenntlichmachung) vorhandener oder auf die Herstellung unrichtiger Merkmale (durch Verrückung o. fälschl. Setzung) abzielt; so: RG. I 10. März 81 E. 3 410, Binding Lb. 2 348, Zint Urkunterdrückg. S. 49 f. (vgl. aber S. 118); aM. Wertheimer Mischgesetze S. 59, der unter Bezugnahme auf das, jedoch nur das Verhältnis der Grenzverrückung zur fälschl. Setzung btr. RG. I 23. Jan. 82 R. 4 62 (vgl. auch das N. 10a zit. IV G. 52) die Beseitigg. vorhandener u. die Herstellg. neuer Grenzzeichen als ein einheitliches V. ansieht.

Je nachdem der eine oder der andere dieser Mischtatbestände in Betracht kommt, verbindet sich mit dem „zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmten Merkmal“ ein anderer Begriff; denn während in jenem Falle, „die Bestimmung zum Grenzzeichen“ nicht auf einseitiger Willkür beruhen darf, sondern durch eine die Beteiligten verpflichtende Willenserklärung getroffen sein muß, „entfällt natürlich dieses Erfordernis im letzteren Falle und tritt hier die Erregung des Scheines, daß es vorliege, an die Stelle“; Merkel HRl. „Grenzverrückg.“.

a) Ein „Merkmal“ ist an sich ein Gegenstand, der zu einer Beurkundung im jurist.-techn. S. geeignet ist, weshalb z. B. ein Erinnerungszeichen an ein historisches Ereignis nicht darunter fällt (Geyer 2 106, v. Liszt S. 529, Frank N. II 1c), ein Grenzmerkmal insbs. (Grenzzeichen i. S. des BGB. § 919) folglich ein zur Grenzbeurkundung dienlicher Gegenstand; zit. RG. E. 3 410. Der Schwerpunkt jenes Tatbestandsmomentes liegt aber in der „Bestimmung“ (vgl. § 243 N. 4), indem ein zur Grenzbeurkundung dienliches Merkmal im konkreten Fall zu dem Zwecke der Bezeichnung der Grenze errichtet oder hergestellt sein muß; RG zit. E. 3 410, II 18. Apr. 82 E 6 199. Bei der „fälschlichen Setzung“ eines Grenzzeichens (N. 10b) entscheidet naturgemäß die der Hdlg. des es Setzenden beiwohnende Absicht; zit. RG. E. 3 410 u. o. Abs. 2. Im übrigen aber (N. 10a) kann die erforderliche Bestimmung dem Grenzmerkmal verliehen worden sein entweder durch eine Amtshandlung von seiten der hierzu nach dem öffentl. Rechte des Landes (BGB. § 919.) Berufenen oder durch den übereinstimmenden Willen der Beteiligten; RG. II 25. Jan. 84 R. 6 49, I 8. Dez 87 E. 17 10, 7. Mai 94 G. 42 125, auch III 26. Apr. 83 R. 5 292, IV 20. Sept. 89, 24. Apr. 90, G. 37 355, E. 20 202 (btr. einen Grenzstein kraft des Willens aller Beteiligten, nach Maßgabe des Landesrechtes also ev. auch der Ehefrau des Be-

fitzers), ferner: Hälschner 2 563, Merkel aO. u. HH. 3 808, Oppenh.-D. N. 14, Zint aO. 91 f. Die einseitige Willkür eines Grenznachbarn kann hiernach einem Merkmal die Bestimmung eines Grenzzeichens ebensowenig geben (RG. zit. R. 6 49, II 20. Jan. 88 R. 10 46), wie ein der rechtl. Bedeutung entbehrendes Verfahren eines Beamten (RG. II 18. Okt. 92 E. 23 254 btr. Setzung von Steinen zur Grenzbezeichnung seitens eines Richters der freiw. Gerichtsbarkt. trotz Widerspruches eines Beteiligten; PrALR. I 17 §§ 372 ff.). Nicht aber ist stets eine ausdrückliche, die Anerkennung aussprechende Willenserklärung erforderlich, vielmehr kann nach dem maßgebenden Landesrechte auch eine stillschweigende Anerkennung genügen und solche kann namentl. in dem langjährigen Dulden eines bestimmten Merkmales gefunden werden; RG. zitt. E. 3 410, R. 10 46 sowie IV 17. Apr. 97 G. 45 133. Keineswegs aber nötigt die Neuherrichtung eines zur Abgrenzung geeigneten Gegenstandes einen anderen ohne weiteres, ihn als Grenzmerkmal anzuerkennen; so hat das zit. RG. E. 17 10 angenommen, daß die erforderliche „Bestimmung" einem Grenzzeichen in Bayern nicht allein deshalb, weil es von Feldgeschworenen gesetzt sei, zugesprochen werden könne, obgleich diese nach dem BayerG. v. 16. Mai 1868 Art. 16_1 im Umfange ihres Amtsbezirkes ausschließlich zum Setzen von Grenzzeichen befugt seien; vgl. auch RG. II 31. Jan. 90 E. 20 196 btr. Wiederherstellung eines widerrechtl. verrückten Grenzzeichens ohne Beobachtung der gesetzl. Voraussetzungen. Andererseits kann es bei Übereinstimmung der Beteiligten über vorhandene Grenzzeichen nicht auf die zivilrechtliche Gültigkeit oder die Richtigkeit der Grenzbezeichnung ankommen, insbs. ist es gleichgültig, ob die nach Landesr. (vgl. BGB. § 919_2, PrALR. I 17 §§ 362 f., Zint aO. 93) etwa gegebenen Formvorschriften bei Errichtung des Merkmals beobachtet sind; denn die Strafbestimmung bezweckt den Schutz der tatsächlich bestehenden, nicht auf lediglich einseitiger Willkür beruhenden Grenzbezeichnungen; so die zitt. RG. E. 16 199 (btr. einen Fall, wo entgegen § 388 PrALR. I 17 bei stattgehabter Grenzerneuerung der übereinstimmende Wille der Parteien nicht zu Protokoll erklärt war), E. 20 202, R. 5 292, 10 46.

Gleichgültig ist:

α. ob die Grenzmerkmale durch die Natur geboten o. künstlich hergestellt sind; so die GM. (vgl. § 267 N. 3a); abweichend v. Liszt S. 529 N. 5, insofern er Grenzbäche nicht hierher rechnen will;

β. ob die Grenzmerkmale auf die Sicherstellung der Eigentumsgrenze sich beziehen, oder ob sie zur örtlichen Sonderung sonstiger dinglicher Berechtigungen, wie z. B. von Wegegerechtigkeiten, gesetzt sind; so die GM., insbs. RG. III 16., 26. Apr. 83, R. 5 251, 292, zit. E. 20 196; dagegen ist der Begriff unanwendbar, sobald durch die Zeichen lediglich persönliche Rechte, z. B. auf Abtretung stehender Produkte, bestimmt werden sollen (so zit. RG. R. 5 251), d. h. sobald sie nicht zur Individualisierung des Grundstückes selbst dienen, sondern nur eine Scheidung der Nutzungen des Grundstückes herbeiführen sollen, von der dieses selbst nicht berührt wird; RG. IV 12. Dez. 84 R. 6 809; so auch Frank N. II 1 b u. Oppenh.-D. N. 13; aM.: Binding Lb. 2 348 N. 2, Zint aO. 80, 83 f., die auch den die Grenzen obligatorischer Ansprüche an Grundstücken bezeichnenden Merkmalen die Eigenschaft von Grenzmerkmalen zusprechen. Über die auf Grund des PrABergG. v. 24. Juni 1865 §§ 39 f. zur Bezeichnung des verliehenen „Feldes" auf der Erdoberfläche gesetzten sog. Lochsteine vgl. Zint aO. 86 u. Oppenh.-D. N. 17;

γ. ob die Grenzmerkmale auf privatrechtliche oder auf öffentl.-rechtl. Verhältnisse sich beziehen, wobei freilich zu beachten bleibt, daß die Vernichtung von Landesgrenzzeichen unter § 92² fallen kann; so Merkel HH. 3 808; aM. auch hier Binding Lb. 2 347, der § 274² auf Staatsgrenzzeichen nicht für anwendbar hält; gegen ihn Zint aO. 88.

b) Wasserstandszeichen sind die zur Regelung der Nutzungsrechte am Wasser bestimmten Merkmale; Binding Lb. 2 348; dahin gehören die nach dem PrVorflutedikt v. 15. Nov. 1811 §§ 1 f. gesetzten Merkpfähle u. die zu ihrer Kontrolle dienenden Fixpunkte, nicht dagegen die lediglich zur allgemeinen Kennzeichnung der Höhe des Wasserstandes bestimmten gewöhnlichen Flußpegel sowie die Erinnerungszeichen an eine hohe Flut (oben zu a); Binding aO., Oppenh.-D. N. 18, Zint aO. 87; vgl. auch das N. 9_2 zit. RG. E. 31 143.

9) Unter den Grenzmerkmalen werden „Grenzsteine" (vgl. wg. solcher, die auf einem Grenzraine stehen, **RG.** IV 17. Apr. 97 **G. 45** 133) besonders hervorgehoben; daraus ergibt sich, daß als „Grenzmerkmale" i. S. der Nr. 2 nicht nur die, wie die Grenzsteine, definitiv gesetzten, sondern auch die bloß provisorischen bzw. nur vorübergehend, z. B. für die Dauer eines Pachtverhältnisses, gesetzten, in Frage kommen; so die GM., insbs. **RG.** III 22. Mai 80, 16. Apr. 83, II 20. Jan. 88, 31. Jan. 90, I 5. Nov. 87, **R. 1** 811, **5** 251, **10** 46, **E. 20** 196, **16** 280, IV 20. Sept. 89 **G. 37** 355.

Den bloß vorübergehend gesetzten Merkmalen, denen trotz ihres nur provisorischen Charakters der Schutz der Nr. 2 zukommt, stehen bloß präparatorische Vorrichtungen, welche die künftige Bezeichnung einer Grenze o. eines Wasserstandes vorbereiten sollen, nicht gleich; sie genießen daher den Schutz der Nr. 2 nicht; **RG.** II 10. Mai 98 **E. 31** 143.

10) Bezüglich der beiden Mischtatbestände (N. 8) ist im einzelnen hervorzuheben:

a) Bei dem „Wegnehmen, Vernichten (N. 4), Unkenntlichmachen" handelt es sich um eine Einwirkung auf das Grenzmerkmal, wodurch es seiner bestimmungsmäßigen Verwendung entzogen wird. Unter Voraussetzung des nötigen Dolus ist die „Wegnahme" 2c. genügend, ohne Rücksicht darauf, ob die Grenze auch ohne die früheren Merkmale mit mehr oder weniger Sicherheit noch erkannt werden kann, wie z. B. an den durch die Grenzsteine gebildeten Gruben; **RG.** I 15. Dez. 94 **G. 42** 406 (btr. „Unkenntlichmchg."), Binding Lb. 2 349. „Wegnehmen" und „Unkenntlichmachen" sind wesentlich verschiedene Begriffsmerkmale, so daß ev. StPO. § 264 Anwendung zu finden hat; **RG.** IV 31. Jan. 05 **G. 52** (vgl. aber das N. 8_1 zit. **R. 4** 62).

b) Das „Verrücken" u. das „fälschliche Setzen" von Grenzmerkmalen bewirkt, daß nur der äußere Schein einer Grenze erweckt wird (N. 8_2), während solche tatsächlich durch die Merkmale nicht erwiesen werden kann. Das „Verrücken" insbs. enthält zugleich eine Unterdrückung des rechten Zeichens und nähert sich deshalb dem Tatbestande zu a; vgl.: Binding Lb. **2** 349, Zint Urkunterdrückg. S. 102 f. Bezüglich des „fälschlichen Setzens" ist es gleichgültig, ob Gegenstände, die schon zur Bezeichnung einer Grenze gedient hatten, oder andere, welche in dieser Eigenschaft noch nicht fungierten, dazu verwendet werden; **RG.** I 5. Nov. 87 **E. 16** 280; angenommen wurde es in einem Falle, wo jemand drei Feldsteine zur Bezeichnung der Grenze wissentlich vor der wirklichen Grenze eingrub; **RG.** I 10. März 81 **E. 3** 410. Die Abweichung von der Grenze ist kein Tatbestandsmerkmal, weshalb diese Alternative auch Platz greift, wenn fälschlich neu gesetzten Zeichen der Anschein älterer Zeichen gegeben wird, mögen sie auch auf der richtigen Grenze stehen.

11) Subjekt des Verg. kann an sich ein jeder sein, keineswegs nur der Eigentümer; so ist dieser es namentl. nicht, wenn zur Bezeichnung der Wegegerechtigkeit dienende Grenzmerkmale vom Nichtbesitzer des dienenden Grundstücks verrückt werden; Dresden 2. Nov. 74, 27. Nov. 76, St. **5** 139, **7** 179.

12) Wegen des Dolus ist auf N. 7 bzw. § 263 N. 49 zu verweisen. Insbs. hat **RG.** III 16. Apr. 83, 3. Nov. 87, **R. 5** 251, **9** 552, btr. der Bedeutung der „Absicht" in Nr. 2 dahin sich ausgesprochen, es werde, ohne Rücksicht auf das Motiv, nur im allgem. der Vorsatz gefordert, daß mit der btr. Hdlg. ein Grenzstein weggenommen werde (diese Formulierung weicht von der zu Nr. 1 vertretenen ab), bzw. es genüge, wenn dem Täter, der durch seine Hdlg. seinen eigenen Vorteil bezwecke, habe zum Bewußtsein kommen müssen bzw. gekommen sei, daß durch seine Tat notwendig auch ein anderer geschädigt werde; dementsprechend ist auch **RG.** IV 20. Sept. 89 **G. 37** 355 zu verstehen. Mit Rücksicht auf die Ausführung über die Bedeutung von „Nachteil" ist es im Falle der Nr. 2 namentl. nicht erforderlich, daß ein anderer durch die Grenzverrückung 2c. einen Nachteil an seinem Liegenschaftsbesitze bzw. seiner dinglichen Berechtigung erleide; auch eine in dieser Hinsicht dem „anderen" zum Vorteil gereichende Grenzverrückung würde aus Nr. 2 z. B. dann strafbar sein, wenn der mit dem anderen in einem Prozesse über das Eigentum an dem Grundstücke befangene Täter durch seine, auf Täuschung des Richters berechnete, Handlung die Kosten auf den Prozeßgegner abzuwälzen und diesem hierdurch einen Nachteil zuzu-

fügen beabsichtigte; vgl. auch Hälschner 2 564. Die Überzeugung, nicht in das Eigentum des Nachbarn einzugreifen, schließt nach dem N. 8a Abs. 1 aE. Bemerkten die Absicht der Nachteilszufügung, z. B. durch Änderung des Besitzstandes, nicht aus; RG. IV 21. Dez. 97 G. 46 51.

Vollendung; Verhältnis zu anderen §§.; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 13—15.

13) Was die Abgrenzung des straflosen (§ 43_2) Versuchs gegenüber der Vollendung betrifft, so ist hervorzuheben, daß, ähnlich wie bei der schweren Urkflschg. (§ 268 N. 5) die Verwirklichung des angestrebten Nachteils (N. 7a) nicht Erfordernis des vollendeten Deliktes ist; Berlin OAG. 17. Jan. 73 St. 2 202. Ebensowenig wird die Möglichkeit der Nachteilszufügung erfordert, so daß z. B. die Vernichtung einer in Wahrheit einen praktischen Vorteil nicht gewährenden, an sich aber rechtserheblichen fremden Urk. unter § 274 fällt; vgl. auch das N. 7c zit. RG. E. 1 181.

Ein vollendetes Verg. aus § 274[1] wurde mit Recht da angenommen, wo jemand mit der Absicht, einem anderen gewisse Wechsel zu entziehen, in deren Besitz sich gesetzt und damit fliehend sich entfernt hatte, wenn auch die Entziehung tatsächlich infolge alsbaldiger Ergreifung nur kurze Zeit gedauert hatte; Berlin 30. Apr. 74 St. 4 67.

14) Über das Verhältnis zu anderen §§. vgl. im allg. die eingehenden Ausführungen von Zint Urkunterdrückg. S. 65 f., 112 f. Namentl. kommt in Betracht dasjenige:

I. der Nr. 1:

a) Zum § 133. Ist der daselbst bezeichnete „Gegenstand" insbs. eine „Urkunde", so können alle Mischtatbestände des § 133 mit § 274[1] in Idealkonk. treten, wenn die Urk. wenigstens teilweise eine „fremde" ist und der Täter in der durch § 274 erforderten Benachteiligungsabsicht handelte; vgl. RG. III 15. Juni 89 G. 37 283; ebenso: Frank N. III, Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrs. S. 94; aM. einerseits: Binding Lb. 2 606, Merkel HH. 3 807, es schließe § 133 den § 274[1] aus, andererseits Zint aO. 67, der umgekehrt in einem solchen Falle nur § 274[1] für anwendbar erachtet. Die Strafe ist ev. nach § 73 (das. N. 29 I a α), auch beim Zusammentreffen mit § 133_2, stets aus § 274[1] zu bemessen.

b) Zum § 242. Soweit es um ein „Unterdrücken" sich handelt, vgl. N. 6_2, soweit dagegen um ein „Vernichten", § 242 N. 30c; der dort erwähnten GM. entspricht auch Berlin 17. Okt 73 St. 3 197, das bei Wegnahme eines fremden Wechsels aus dem Besitze eines anderen in der Absicht, das in ihm liegende Beweismittel zum Nachteil des Eigentümers zu beseitigen, lediglich § 274[1], nicht aber § 242 anwandte. Vgl. auch das § 242 N. 33 zit. RG. E. 35 64 btr. Nichtanwendbarkeit der Nr. 1 auf die vom Diebe vorgenommene Vernichtung einer gestohlenen Urk.; s. auch u. zu d.

c) Zum § 246. Realkonk. (§ 74) zwischen Urkvernichtg. u. Unterschl. liegt vor, wenn jene infolge besonderen Willensaktes und durch eine äußerlich getrennt hervortretende Hdlg. begangen wird, um gegen Entdeckung der bereits verübten Unterschl. sich zu sichern oder die Unterschl. zu ermöglichen; RG. I 3. Juli 82 R. 4 670.

d) Zum § 263. Wer durch Betr. eine fremde Urk. sich verschafft hat, um sie ihrem Eigentümer dauernd zu entziehen, macht durch deren spätere Vernichtung einer neuen Straftat sich nicht schuldig; RG. I 18. Dez. 02 G. 50 121 (s. auch o. zu b aE.).

e) Zum § 303; vgl. das. N. 12c; zum § 348_2; vgl. das. N. 17c.

II. der Nr. 2:

a) Zum § 242; vgl. das. N. 4_2.

b) Zum § 370[1]; vgl. das. N. e.

15) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Wg. VbER. vgl. § 280.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 275.

Mit Gefängniß nicht unter drei Monaten wird bestraft, wer

1) wissentlich von falschem oder gefälschtem Stempelpapier, von falschen oder gefälschten Stempelmarken, Stempelblanketten, Stempelabdrücken, Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelten Briefkuverts Gebrauch macht,

2) unechtes Stempelpapier, unechte Stempelmarken, Stempelblankette oder Stempelabdrücke für Spielkarten, Pässe oder sonstige Drucksachen oder Schriftstücke, ingleichen wer unechte Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelte Briefkuverts in der Absicht anfertigt, sie als echt zu verwenden, oder

3) echtes Stempelpapier, echte Stempelmarken, Stempelblankette, Stempelabdrücke, Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelte Briefkuverts in der Absicht verfälscht, sie zu einem höheren Werthe zu verwenden.

PrStGB. § 253, Entw. I § 247, II § 270. Entw. d. StGN. Art. I § 275². StB. 1875/76 S. 1004.

Vgl. § 280 sowie G. btr. Statistik d. Warenverkehrs v. 20. Juli 1879 § 17, insbs. zu Nr. 1: SpielkartenstempelG. v. 3. Juli 1878 § 12₂.

Zu §§ 275, 276 (364). N. 1—4.

1a) Die §§ 275 f. sind erlassen zum Schutze von gewissen unter öffentl. Autorität ausgestellten, die Entrichtung von bestimmten Steuern u. Gebühren erleichternden und kontrollierenden Wertzeichen (**RG.** III 8. Dez. 92 E. **23** 339) und beziehen sich im besonderen auf Stempelwertzeichen sowie auf Post- u. Telegraphenwertzeichen; vgl. § 267 N. 28 letzt. Abs. Handelt es sich sonach um Objekte, die „an sich dem Geldbegriffe zugänglich sind" (Schütze S. 300 N. 6), so zeigt sich auch im übrigen der Tatbestand den Münzdelikten näher verwandt als der Urkfälschung i. e. S., namentl. darin, daß ein „Gebrauchmachen" von den fälschlich angefertigten Wertzeichen zur Vollendung nicht gehört; Merkel HRl. „Urkflschg." u. HH. **3** 809, v. Schwarze N. 2. So hätten die Delikte aus den §§ 275, 276 dem T. I Abschn. 8 (das. N. 1) eingereiht werden können; dennoch aber hat der Gesetzgeber ihnen ihren Platz in dem Abschn. über Urkflschg. angewiesen, wobei die Erwägung maßgebend gewesen sein mag, daß mit der Steuerhinterziehung die Verletzung von Treu und Glauben zusammentrifft; **RG.** II 20. Juni 82 E. **6** 387.

b) Wegen der Entstehungsgeschichte ist die Darlegung in **RG.** III 19. Apr. 88 E. **17** 394 zu vergleichen; nach den gesetzgeberischen Vorgängen beruht, wie dieses und III 19. Nov. 88 E. **18** 286 annehmen, die gesamte Strafnorm der §§ 276, 364 auf der Voraussetzung, daß die Wiederverwendung der im § 275 erwähnten Wertzeichen — sei es mit, wie ohne Beseitigung der Entwertungszeichen (§ 276 N. 1₂) — nicht unter die Strafbestimmung des § 275 falle. Die wissentliche Wiederverwendung von Stempelwertzeichen fällt ausschließlich unter § 276₁, diejenige von Post- o. Telegraphenwertzeichen „nach gänzlicher o. teilweiser Entfernung des Entwertungszeichens" — nach Erlaß des G. v. 13. Mai 1891 (s. o. S. 33) — unter § 276₂, ohne solche Entfernung aber nach wie vor unter §§ 27³, 28 des G. über d. Postwesen v. 28. Okt. 1871 bzw. § 2 d. G. btr. die Telegraphenfreimarken v. 16. Mai 1869. Das wissentliche Veräußern o. Feilhalten aller solcher Wertzeichen, sofern sie schon einmal verwendet sind, ist nach § 364 strafbar, dem durch das zit. ErgänzungsG. ein die Post- u. Telegraphenwertzeichen btr. Abs. 2 hinzugefügt wurde.

Über den Grund der Ergänzung des § 276 insbs. vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. des Komm.

2) Bezüglich aller als Objekte der §§ 275, 276 in Betracht kommenden Wertzeichen taucht die Frage auf, ob nur inländische oder auch ausländische gemeint seien. Für die erstere Ansicht läßt sich geltend machen, daß der Gesetzgeber im allgemeinen den

Grundsatz verfolgt hat, auswärtigen Staatseinrichtungen seinen strafrechtlichen Schutz zu versagen (vgl. T. II Abschn. 5 N. 2, Abschn. 6 N. 1), sowie ferner, daß in den verwandten Fällen des Abschn. 8 nicht minder, wie des § 267, das Ausland ausdrücklich dem Inland gleichgestellt ist; dazu kommt, daß ein in der RTkommission gestellter Antrag, im § 276 die Postfreimarken hinzuzufügen und zwar „mit der Wirkung, daß auch die Freimarken von ausländischen Posten geschützt würden" dort abgelehnt ist, obgleich die Sonderbestimmungen über Postfreimarken in dem G. über das Postwesen (N. 1 b) unzweifelhaft nur auf inländische Marken sich beziehen; nun sind aber die Postfreimarken in den § 276 überhaupt nicht aufgenommen, folglich wird die nochmalige Verwendung gebrauchter Postmarken stets nur unter der Voraussetzung bestraft, daß dieses inländische waren. Diesen aus dem RStGB. selbst entnommenen Gründen gegenüber erscheint die auf die Entstehungsgeschichte und Auslegung des vorbildlichen § 253 PrStGB. sich stützende Gegenbeweisführung nicht stichhaltig. So: Binding Lb. 2 340, Hälschner 2 566, v. Liszt S. 529, Frank N. 1, Rubo N. 3 u. § 276 N. 1, Rüd.-St. N. 1. Entgegengesetzt die GM., insbs. RG. II 20. Juni 82 E. 6 387 (das namentl. den aus der Ablehnung des in der RTkommission zum § 276 gestellten Antrages entnommenen Grund zu unterschätzen scheint, da in jenen §. Bestimmungen über Postmarken überhaupt nicht aufgenommen sind), IV 26. Juni 91, III 4. Feb. 01, G. 39 236, 48 124, Dambach Telegraphenstrafr. S. 71. Eine Mittelmeinung vertritt Heinze Erörterungen S. 131 (btr. Entw. I §§ 247 f.) dahin, daß die Bestimmungen lediglich von inl. Stempel-, dagegen auch von ausl. Postwertzeichen zu verstehen seien.

3) Bezüglich der Stempelwertzeichen ist im besonderen hervorzuheben:

a) „Stempelpapier" bezeichnet jede Art von Stempelmaterial, also auch Spielkarten (N. 9 c); Berlin 2. Feb. 72 O. 13 115; bzw. mit (ausl.) Stempel versehene Bandrollen zum Verschließen von Zigarrettenschachteln; RG. IV 26. Juni 91 G. 39 236.

b) „Stempelblankett" bezeichnet ein mit einem Stempel versehenes (unausgefülltes) Blankett, z. B. eines Wechsels (vgl. WechselstempelstG. § 13[1]).

4) Die Post- u. Telegraphenwertzeichen betreffend, so sind die Ausdrücke „Freimarken" und „Kuverts" dahin zu verstehen, daß letzterer alle zur Aufnahme von Briefsendungen bestimmten Umhüllungen, ersterer alle sonstigen Wertzeichen umfaßt, so daß unter „Freimarken" auch die gestempelten Postkarten und Postanweisungen, unter „Kuverts" auch die gestempelten Streifbänder zu begreifen sind; Meves N. 11, Oppenh.-D. N. 1.

Zu § 275. N. 5—10.

5) Die Nr. 1 erfordert als Hdlg. „wissentliches Gebrauchmachen von falschen oder gefälschten Wertzeichen"; zu vgl. sind hiermit die §§ 147 u. 270, während ein dem § 267 entsprechender Tatbestand fehlt, weil die Herstellung falscher oder gefälschter Wertzeichen den Tatbestand der Nr. 2 u. 3 bildet.

a) Daß die Ausdrücke „falsch oder gefälscht" nur zufolge einer nachlässigen Redaktion statt der sonst sich findenden Zusammenstellung „falsch oder verfälscht" (vgl. § 270) gebraucht sind, kann wohl gerade im Hinblick auf den Inhalt des § 275[2, 3] nicht zweifelhaft sein, so daß „gefälscht", das sprachlich streng genommen nichts anderes als „falsch" bezeichnet, dennoch lediglich i. S. von „verfälscht" zu verstehen ist; so: RG. IV 26. Juni 91 G. 39 236 („falsches" Stempelpapier sei solches, dem der Schein gegeben ist, als sei es von der zuständigen Behörde hergestellt, „gefälschtes" durch Veränderung eines echten hergestelltes Stempelpapier), Hälschner 2 566 N. 2, Oppenh.-D. N. 7 a, während Sontag G. 19 294, es für fraglich erachtet, ob aus Nr. 1 der Gebrauch verfälschter Wertzeichen strafbar sei. „Außer Kurs gesetzte" echte Wertzeichen gehören nicht hierher.

b) Die Bedeutung des „Gebrauchmachens" ergibt sich einerseits aus der Bedeutung desselben Wortes im § 267, andererseits aus dem Umstande, daß § 276 ausdrücklich eine „Verwendung zu stempelpflichtigen Schriftstücken" zur „Frankierung" fordert; daraus folgt, daß § 275[1] nicht bloß die bestimmungsmäßige Verwendung der Marken ꝛc. zur Entrichtung des Stempels ꝛc. im Auge hat, sondern daß auch andere Arten der Verwendung unter Strafe gestellt sind. Immer aber muß von der Stempelmarke in dieser ihrer Eigenschaft in der Weise Gebrauch gemacht werden, daß durch sie der Beweis

der Leistung, dem die ersten Marken dienen, erbracht werden soll; ein Gebrauch der Marken **als Ware** also z. B. eine bloße Veräußerung der falschen Marken für eine Sammlung genügt nicht. So: Hälschner 2 567 (der weiter fordert, daß der Gebrauch stets z. Z. der Täuschung eines anderen stattgefunden haben müsse), Frank N. II, auch wohl v. Liszt S. 530, während Merkel HH. 3 810 u. Oppenh.-D. N. 4, 8 nur den unmittelbaren bestimmungsgemäßen Gebrauch in Betracht ziehen wollen; Binding Lb. 2 343 scheint nach dem Text (Gebrauchmachen bedeute: die Stempel u. Marken als Beweiszeichen, nicht etwa als Ware zu gebrauchen) auf dem diesseits vertretenen Standpunkte zu stehen, erklärt aber in N. 6 die einschränkende Ansicht von Merkel u. Oppenh.-D. für richtig. Die Praxis des **RG.** ist keine sichere. So nimmt II 20. Juni 82 E. **6** 387 (392) an, daß „**jedes Gebrauchmachen**, mithin auch eine Veräußerung" unter den § 275¹ falle, während III 13. Apr. 93 E. **24** 111 (Postfreimarken btr.) hervorhebt, daß jedenfalls nur solche Verwendung in Frage kommen könne, welche die bestimmungsgemäße Eigenschaft der Freimarke als eines geldwerten Wertzeichens über die Entrichtung einer bestimmten Postgebühr sich dienstbar machen wolle. In III 10. Apr. 05 G. **52** (btr. Verkauf unechter ägyptischer Zigarretten aus Päckchen, die mit einer falschen ägyptischen Zollmarke versehen waren) wird anerkannt, daß bei dem Gebrauchmachen im Sinne des § 275¹ die Stempelmarke **in dieser ihrer Eigenschaft** in Frage kommen müsse. Zutreffend wird in dem zit. E. **24** 111 hervorgehoben, daß es immer um ein Gebrauchmachen **gegenüber einem Dritten**, eine Verwendung in dem äußeren mit anderen Personen stattfindenden Rechtsverkehr, sich handeln muß, die Übergabe an einen Boten also nicht genügt; so auch Frank N. II. Ein Gebrauchmachen **zum Zwecke der Täuschung** wird nicht erfordert; so zit. **RG.** E. **6** 387; aM. Hälschner aO.

6) Die Nr. 2 erfordert als Hdlg. „**Anfertigung von unechten Wertzeichen, in der Absicht, sie als echt zu verwenden**"; zu vgl. ist § 146 S. 1. Als „**Anfertigung unechten Stempelpapiers**" ist auch der im WechselstempelG. § 23₃ erwähnte Fall anzusehen, daß ein von einer Urk. abgetrenntes Stempelzeichen zu einer stempelpflichtigen Urk. verwendet wird; so Oppenh.-D. N. 11; aM. v. Schwarze § 276 N. 1, der diesen Fall unter § 276 bringt. Durch die, in Abweichung vom PrStGB. § 253, ausdrücklich erforderte „Absicht, sie als echt zu verwenden", haben Fälle ausgeschlossen werden sollen, in denen die Veräußerung unechter Wertzeichen als unechter (z. B. unechter Briefmarken an Briefmarkensammler) erfolgte; Frank N. II. Dagegen erfordert das Gesetz nicht die Absicht des Täters, die unechten Wertzeichen **selbst** als echte zu verwenden; so: **RG.** II 20. Juni 82 E. **6** 387, Binding Lb. **2** 342, Hälschner **2** 567; aM.: Meves N. 8, Oppenh.-D. N. 10.

7) Die Nr. 3 erfordert als Hdlg. „**Verfälschung von echten Wertzeichen in der Absicht, sie zu einem höheren Werte zu verwenden**"; zu vgl. ist § 146 S. 2. Die Wiederverwertung bereits zu ihrem bestimmungsgemäßen Zwecke einmal verwendeter Wertzeichen fällt, auch wenn das Entwertungszeichen vertilgt sein sollte, nicht unter Nr. 3; Merkel HH. **3** 810, Dambach Telegraphenstrafr. S. 72 (btr. Telegraphenfreimarken). Demgemäß hat auch Jena 4. Mai 76 St. **7** 180 zutreffend die Anwendung der Nr. 3 verneint bei Veränderung des Tagesstempels auf einem Chausseegeldzettel, ohne gleichzeitige Verfälschung des das Wertzeichen bildenden Stempels. Wegen der erforderlichen „Absicht" vgl. die entsprechende Ausführung in N. 6.

8) Die **Vorsätzlichkeit** der Hdlg. wird in Nr. 1 durch das „wissentlich", in den Nr. 2 u. 3 durch die dort geforderte „Absicht" bedingt. Selbstverständlich darf auch das allgemeine Merkmal des Dolus, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, nicht fehlen; so auch sachlich übereinstimmend **RG.** II 20. Juni 82 E. **6** 387; aM. Berlin 2. Jan. 73 O. **14** 5.

9) Was das **Verhältnis** der Nr. 2, 3 **zur** Nr. 1 betrifft, so ist — aus ähnlichen Gründen, wie sie § 273 N. 2 entwickelt sind — eine Konkurrenz ausgeschlossen, derartig, daß neben einem Verg. aus Nr. 2 o. 3 nicht noch ein solches aus Nr. 1 vorliegt; Binding Lb. **2** 343, Hälschner **2** 567, Merkel HH. **3** 810, Frank N. II, Meves N. 9, Oppenh.-D. N. 14.

Im übrigen kommt in Betracht namentl. das Verhältnis:

a. zum G. btr. die Telegraphenfreimarken v. 16. Mai 1869 § 2; dieser ist durch § 275 außer Kraft gesetzt, soweit er nicht die Benutzung einer bereits verwerteten Freimarke zur Frankierung betrifft; so Binding Hb. **1** 339, Hälschner **2** 567 N. 4, Frank N. III u. Oppenh.-D. N. 7, während Meves N. 11 vollständige Beseitigung durch § 275 annimmt;

b. zum WechselstempelstG. § 23; er ist durch die §§ 275, 276, 364 aufgehoben; so die GM.;

c. zum SpielkartenstempelG. v. 3. Juli 1878; nach § 12_2 das. kommen die dort angedrohten Strafen neben der des § 275[1] zur Anwendung.

Soweit aber Stempelgesetze eine derartige, ausdrückliche Vorschrift, wie die zu c. bezeichnete, nicht enthalten, gelten lediglich die allg. Vorschriften über Idealkonk. des Steuerdeliktes mit dem Verg. aus § 275[1].

Vgl. auch die Sondervorschrift des InvVG. § 187.

10) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl. § 280.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 276.

Wer wissentlich schon einmal zu stempelpflichtigen Urkunden, Schriftstücken oder Formularen verwendetes Stempelpapier oder schon einmal verwendete Stempelmarken oder Stempelblankette, ingleichen Stempelabdrücke, welche zum Zeichen stattgehabter Versteuerung gedient haben, zu stempelpflichtigen Schriftstücken verwendet, wird, außer der Strafe, welche durch die Entziehung der Stempelsteuer begründet ist, mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher wissentlich schon einmal verwendete Post- oder Telegraphenwerthzeichen nach gänzlicher oder theilweiser Entfernung des Entwerthungszeichens zur Frankirung benutzt. Neben dieser Strafe ist die etwa wegen Entziehung der Post- oder Telegraphengebühren begründete Strafe verwirkt.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 248, II § 271. Aktenst. Nr. 92.
Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. I. Aktenst. 1890/91 Nr. 36, 242.
Vgl. § 364 u. G. btr. Statistik d. Warenverkehrs v. 20. Juli 1879 § 17.

1) Im Falle des Abs. 1 besteht die Handlung (vgl. § 275 N. 1—3) in der „wissentlichen Verwendung schon einmal zum Zwecke der Verstempelung verwendeter Stempelwertzeichen zu stempelpflichtigen Schriftstücken". Hier also verlangt das Gesetz, im Gegensatze zum § 275 (das. N. 5b), einen „bestimmungsmäßigen Gebrauch"; **RG.** II 20. Juni 82 E. **6** 387; vgl. auch IV 21. Dez. 97 E. **30** 384 btr. Verwendung einer zur Entrichtung der warenstatistischen Gebühr nach dem G. v. 20. Juli 1879 verwendeten Stempelmarke nach Ablösung von einer ungültig ausgestellten Zolldeklaration auf einer derselben Gebühr unterliegenden anderen Deklaration. Aus dem Worte „Formular", d. h. einem noch nicht durch Ausfüllung u. Unterzeichnung zu einer Urk. gewordenen Schriftstücke, folgt, daß auch wer wissentlich eine auf ein Vollmachtsblankett geklebte u. dazu kassierte Stempelmarke mit einer stempelpflichtigen Urk. in eine als Verwendung zu ihr sich darstellende Verbindung bringt, nach § 276 strafbar ist; Berlin **KG.** 23. Juni 81 Jahrb. **2** 224. Wechselstempelmarken, bei denen die gesetzl. Vorschriften über die Art u. Weise der Verwendung beobachtet sind, gelten dauernd als verwendet, auch falls der fr. Wechsel demnächst nicht in Umlauf gesetzt ist; **RG.** III 28. Apr. 04 E. **37** 152.

Ob bei der Wiederverwertung die Entwertungszeichen abgeändert bzw. beseitigt wurden oder nicht, ist für den Tatbestand gleichgültig; so die GM., insbs. die Motive. Geschieht übrigens die Abänderung des ursprünglichen und die Anfertigung eines neuen

Entwertungsvermerkes nur zu dem Zwecke, die Wiederverwendung von bereits einmal verwendeten Stempelmarken ꝛc. auszuführen, so fällt die Tat nicht unter die §§ 267, 268, sondern lediglich unter § 276, indem jene Hdlg., als das mindestens regelmäßig anzuwendende Mittel zur Begehung der Straftat aus § 276, in dessen Tatbestand mit aufgeht; **RG.** III 19. Nov. 88 E. **18** 286 (bezüglich der Beseitigung sei dies schon durch das in § 275 N. 1b zit. E. **17** 394 anerkannt, es liege aber kein innerer Grund vor, die Änderung des Kassationsvermerkes anders zu behandeln wie die gänzliche Beseitigung); vgl. auch I 18. Nov. 97, IV 11. Apr. 99, E. **30** 329, **32** 116.

Wegen des Verhältnisses zum WechselstempelstG. § 23 vgl. § 275 N. 9b.

2) Der im Falle des — erst zuf. G. v. 13. Mai 1891 (§ 275 N. 1b) hinzugefügte — Abs. 2 enthält einen wesentlich entsprechenden Tatbestand hinsichtlich der „Post- u. Telegraphenwertzeichen", wie Abs. 1 hinsichtlich der Stempelwertzeichen; auch hier handelt es sich um einen „bestimmungsmäßigen Gebrauch", insofern „schon einmal verwendete" Post- o. Telegraphenwertzeichen nochmals „zur Frankierung benutzt" werden. Abweichend bildet jedoch hier die „gänzliche oder teilweise Entfernung des Entwertungszeichens" ein Tatbestandsmerkmal, freilich insofern nur ein objektives, als es nicht darauf ankommt, daß der Täter die Entfernung vorgenommen habe; andererseits freilich bedingt die „Wissentlichkeit", daß der Täter von der Entfernung Kenntnis hat (vgl. Komm.Bericht im Aktenst. Nr. 242 S. 1841). Bei Wiederbenutzung zur Frankierung ohne solche Entfernung finden deshalb, wie früher, die Strafvorschriften der §§ 27[3], 28 des G. über d. Postwesen v. 28. Okt. 1871 bzw. des § 2 des G. über die Telegraphenfreimarken v. 16. Mai 1869 Anwendung; Binding Lb. **2** 344 N. 4, Dambach Telegraphenstrafr. S. 73.

3) Die Bestimmung, wonach Strafe aus § 276 zu verhängen ist „außer der Strafe, welche durch Entziehung der Stempelsteuer begründet ist" (Abs. 1), bzw. „außer der etwa wegen Entziehung der Post- o. Telegraphengebühren begründeten Strafe" (Abs. 2), enthält eine im fiskalischen Interesse getroffene Ausnahme vom § 73; vgl. das N. 1 zit. **RG.** E. **37** 152 u. Merkel HH. **3** 811, aber auch Binding Lb. 2 344, der anzunehmen scheint, daß § 73 dabei an sich überhaupt keine Anwendung finden könne.

4) Die Strafe ist im Falle des Abs. 1, wie auch des Abs. 2 (wg. „Gleiche Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21_2) Geldstr. von 3—600 M. (§ 27), die gemäß § 28 (das. N. 6a) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 14) in drei Jahren.

Zuständig ist **SchöffenG.**; GVG. § 27[2].

§. 277.

Wer unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbirte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugniß über seinen oder eines Anderen Gesundheitszustand ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugniß verfälscht, und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 256. Entw. I § 252, II § 272. Aktenst. Nr. 92.

Vgl. §§ 279, 280.

Zu §§ 277—279. N. 1—3.

1) Die §§ 277—279 betreffen strafb. Hdlgen in bezug auf Zeugnisse, die über den Gesundheitszustand eines Menschen („über seinen oder eines anderen") wirklich oder scheinbar von einer approbierten Medizinalperson ausgestellt sind. Wie darunter auch Zeugnisse nicht nur über den gegenwärtigen Gesundheitszustand eines Menschen zu verstehen sind (Landau Arzt u. Kurpfuscher S. 59), sondern auch solche über von ihm durchgemachte Krankheiten und deren zurückgebliebene Spuren (Binding Lb. **2** 273, Frank N. 11), so sind dazu namentl. auch Impfscheine zu rechnen; **RG.** III 21. Sept. 93 E. **24**

284. Weiterhin fällt darunter aber auch die sachverständige Würdigung der über den Gesundheitszustand eines Menschen unmittelbar wahrgenommenen Tatsachen in ihren Folgen für die Gesundheit; RG. II 18. Mai 00 E. **33** 293.

Nach den Motiven ist die Einschränkung auf „approbierte" Medizinalpersonen (über letztere vgl. § 174 N. 17a) durch die GewerbeO. geboten gewesen, welche die Ausübung der Heilkunde freigegeben hatte. Es bedürfen nun nach GewerbeO. § 29 einer, auf Grund eines Nachweises der Befähigung zu erteilenden, Approbation diejenigen Personen, die als Ärzte (Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte) oder mit gleichbedeutenden Titeln sich bezeichnen oder seitens des Staats oder einer Gemeinde als solche anerkannt oder mit amtlichen Funktionen betraut werden sollen. Müssen sonach diese Medizinalpersonen unbedingt „approbiert" sein, so schließt die GewerbeO., die im Gebiete des Medizinalwesens nur einzelne grundsätzliche Bestimmungen treffen wollte, weder aus, „daß landesrechtlich andere Personen als Medizinalpersonen angesehen werden, noch daß auch von ihnen die Approbation gefordert werde"; demnach richten die §§ 277—279 ihre Strafbestimmungen auch gegen solche Personen, die landesrechtlich zu den „approbierten Medizinalpersonen" gehören, wie z. B. in Bayern die Bader; RG. I 8. Mai 82 E. **6** 260, Binding aO., Frank N. III.

Was insbs. die „Hebammen" betrifft, so bedürfen sie nach GewerbeO. § 30_3 zwar eines „Prüfungszeugnisses", nicht aber einer „Approbation"; somit gehören die „Hebammen" nach der GewerbeO. nicht zu den approbierten Medizinalpersonen; so: RG. III 27. März 84 E. **10** 340, Frank N. III, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2; aM.: Hälschner **2** 569 N. 1, Merkel HH. **3** 811 N. 1, Oppenh.-D. N. 2. Nach der obigen Ausführung ist aber wohl möglich, daß nach Landesgesetzen auch die Hebammen zu den „approbierten Medizinalpersonen" zu rechnen sind; so v. Liszt S. 532 N. 11; aM. Binding aO. N. 1, unter der Annahme, die Hebammen seien durch § 30 GewerbeO. von jeder Approbation ausgeschlossen.

2) Die in N. 1 bezeichneten Zeugnisse, zu denen somit Zeugnisse über den Gesundheitszustand eines Tieres niemals gehören, müssen „zur Täuschung von Behörden (§ 114 N. 1) oder Versicherungsgesellschaften" ausgestellt sein oder dienen.

Unter „Versicherungsgesellschaften" können nur solche verstanden werden, für die Zeugnisse der in N. 1 bezeichneten Art von rechtlicher Erheblichkeit sind, also wesentlich Lebens-, Invaliditäts-, Alters-, Unfallversicherungsanstalten; vgl. PrivVUntG. v. 12. Mai 1901 § 6. Der Ansicht von Landau Arzt u. Kurpfuscher S. 62, daß auch Haftpflichtversicherungsunternehmungen, die die Schadloshaltung der bei Unfällen haftbaren Personen zur Grundlage haben, hierher zu rechnen seien u. daß als Versicherungsgesellschaft i. S. des G. jedes nicht behördlich organisierte Versicherungsunternehmen zu bezeichnen sei, das in Ausübung seines Gewerbes ärztl. Zeugnisse über den Gesundheitszustand bedarf, wird zuzustimmen sein.

3) Durch die in N. 1 u. 2 hervorgehobenen Punkte charakterisieren die Vorschriften der §§ 277—279 sich als spezielle, welche die allg. Vorschriften in den §§ 267—270 auch bei etwa vorliegender auf Verschaffung eines Vermögensvorteils oder auf Schädigung eines anderen gerichteten Absicht ausschließen; RG. I 1. Dez. 81 E. **6** 1, Binding Lb. **2** 272, Frank N. I.

Zu § 277. N. 4—6.

4) Die verschiedenen alternativen (Wertheimer Mischgesetze S. 59) Mischtatbestände des § 277, der in seiner ersten Alternative mit dem des § 132 Ähnlichkeit hat, entsprechen übrigens, abgesehen von den in den N. 1 u. 2 hervorgehobenen Besonderheiten, wesentlich denjenigen des § 267, freilich bei unbedingter Strafbarkeit des als „Arzt" sich unterzeichnenden Nichtarztes (§ 267 N. 32, 34_2).

Das „Gebrauchmachen zur Täuschung von Behörden 2c." bildet ein Merkmal bei sämtlichen der einzelnen Mischtatbestände; Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 6.

Die „Täuschung" braucht keineswegs die materielle Richtigkeit des Inhaltes des Zeugnisses zu betreffen; abgesehen von der letzten Alternative (Verfälschung eines echten Zeugnisses)

handelt es sich vielmehr um eine Täuschung über die Person des Ausstellers bzw. dessen Eigenschaft als „approbierter Medizinalperson"; wesentlich ist also nur die Täuschung über die Echtheit der Urk.; so: **RG**. III 28. Nov. 89 **E**. **20** 138, Binding Lb. **2** 273, Hälschner **2** 569, Frank N. II, IV, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 4, Rüb.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1; aM.: Berlin 13. Okt. 75 **G**. **23** 539 (§ 277 treffe nicht zu, wenn der bescheinigte Gesundheitszustand wirklich so beschaffen gewesen, wie in dem Attest bezeugt worden; es könnten alsdann die §§ 267 ff. Anwendung finden), Merkel HH. **3** 812.

Die Verfolgung weitergehender Zwecke gehört nicht zu den Erfordernissen des § 277, der Behörden u. Versicherungsgesellschaften vor der Täuschung hinsichtl. der Echtheit urkundl. Zeugnisse über den Gesundheitszustand von Personen unter allen Umständen schützen will, auch dann, falls die Absicht des Täters selbst auf die Erreichung erlaubter Zwecke gerichtet ist; deshalb ist auch bei Verfolgung des Zwecks des besseren Fortkommens nicht § 363, sondern nur § 277 anwendbar; **RG**. II 1. Nov. 98 **E**. **31** 296, Binding Lb. **2** 272, Frank N. I.

5) Idealkonk. (§ 73) kann namentl. mit dem Verg. aus der GewerbeO. § 147³ vorliegen; so: Frank N. V, Oppenh.-D. N. 1; aM. Binding Lb. **2** 273.

6) Die Hauptstrafe ist Gefängnis v. 1 T.—1 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl. § 280.
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.
Zuständig ist **Strafk**.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 278.

Aerzte und andere approbirte Medizinalpersonen, welche ein unrichtiges Zeugniß über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauche bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit Gefängniß von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 257. Entw. I § 253, II § 273.
Vgl. §§ 279, 280.

1) Die strafb. Hdlg. (vgl. § 277 N. 1—3) besteht in einer materiell unrichtigen Beurkundung, wie z. B. über den eingetretenen Erfolg einer Impfung nach Maßgabe des ImpfG. §§ 3, 10 (vgl. § 271 N. 2_2); **RG**. III 28. Sept. 95 **G**. **43** 385. Deshalb bietet der Tatbestand Ähnlichkeit mit § 348_1. Die beabsichtigte Täuschung muß auf den bescheinigten Gesundheitszustand sich beziehen.

Wegen „wider besseres Wissen" vgl. § 164 N. 6 ff., insbs. N. 7, wonach ein Eventualdolus (§ 59 N. 6) bezüglich der Richtigkeit des Inhalts unzureichend ist; so: Binding Lb. **2** 294, Frank N. I; aM. Lucas Subj. Verschuldg. S. 45, der hier die Regel, nach der „wider besseres Wissen" nichts anderes als „wissentlich" bedeute, für eintretend erachtet. Wg. eines praktischen Falles vgl. **RG**. III 12. Apr. 97 **G**. **45** 132 (btr. Abfassung eines Impfzeugnisses nach der besonderen Auffassung u. Ausdrucksweise des Ausstellers mit der Wirkung, daß diejenigen, für die es bestimmt war, nach der gemeinen Auffassungs- u. Ausdrucksweise die Erfolglosigkeit der Impfung nicht zu erkennen vermochten). Wird materiell die Wahrheit bezeugt, welche der Aussteller irrtümlich für unrichtig hielt, so liegt der objektive Tatbestand nicht vor, sondern nur ein strafloser Versuch; Oppenh.-D. N. 1, Rüb.-St. N. 3.

2) Die Hauptstrafe ist Gefängnis v. 1 Mt.—2 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl § 280.
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.
Zuständig ist **Strafk**.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 279.

Wer, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen oder eines Anderen Gesundheitszustand zu täuschen, von einem Zeugnisse der

in den §§. 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 258. Entw. I § 254, II § 274.
Vgl. § 280.

1) Der Tatbestand (vgl. § 277 N. 1, 2) berührt sich mit dem des § 270 Das Erfordernis der „Wissenschaft" davon, daß das Zeugnis „der in den §§ 277, 278 bezeichneten Art sei", ergibt sich zweifellos aus dem Gebrauche „zum Zwecke der Täuschung über den Gesundheitszustand". Aber damit ist noch nicht entschieden, was insbs. in Hinsicht auf § 278 unter einem Zeugnis der bezeichneten Art zu verstehen sei; man wird nach dem Zwecke der Bestimmung anzunehmen haben, daß das subjektive Merkmal der Ausstellung „wider besseres Wissen" nicht darunter umfaßt sei (vgl. § 270 N. 2_3, wo eine ähnliche Frage auftaucht); RG. IV 10. Okt. 99 E. 32 295, Binding Lb. 2 294, Frank N. 1.

2) Idealkonk. (§ 73) mit dem Verg. aus § 277 (falls der Aussteller selbst von dem Zeugnisse Gebrauch macht) ist für ausgeschlossen zu erachten; vgl. §§ 273 N. 2, 275 N. 9.

3) Die Hauptstrafe ist Gefängnis v. 1 T.—1 J. (§ 16). Wg. der Nebenstr. vgl. § 280.
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_3 in fünf Jahren.
Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 280.

Neben einer nach Vorschrift der §§. 267, 274, 275, 277 bis 279 erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. §§ 248, 250, 251, 253, 256—258. Entw. I §§ 239, 247, 252—256, II § 275.

1) Die Aberkennung der bEN. ist von der allgemeinen, im Falle des § 275 wegen des Strafminimums stets zutreffenden, Voraussetzung des § 32_1, daß die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreiche, abhängig (§ 32 N. 5, 6a).

Vierundzwanzigster Abschnitt.
Bankerutt.

1) Die den Bankerutt behandelnden §§ 281—283 sind — seit dem 1. Oktober 1879 — durch § 3 Abs. 2 Nr. 3 des EG. zur KonkursO. v. 10. Feb. 1877 beseitigt; sie wurden zunächst durch die §§ 209 - 214 KO. von demselben Tage ersetzt (o. S. 5, 31). Der KO. v. 10. Feb. 1877 lag ein infolge Beschlusses des BR. v. 21. Feb. 1870 im Pr. Justizministerium ausgearbeiteter Entwurf zugrunde, der im November 1873 vom RK. den Bundesregierungen überreicht u. zunächst von einer aus Juristen u. Vertretern des Handelsstandes bestehenden Kommission u. sodann vom BR. einer Prüfung unterzogen wurde. Der vom BR. festgestellte Entwurf wurde 1875 dem RT. vorgelegt. Vom RT. wurde der Entw. nebst EG. nach vorangegangener Durchberatung in einer Kommission in II. Lesung am 2. Dez. 1876 u. in III. Lesung am 21. desselben Mts. einstimmig angenommen. Infolge der Neuordnung des bürgerl. Rechts wurde auch die KO. einer Umgestaltung unterzogen, die in dem gleichzeitig mit dem BGB., also am 1. Januar 1900, in Kraft getretenen G. btr. Abänderungen der KO. v. 17. Mai 1898 (RGBl. 230 ff.) ihren Ausdruck fand. Infolge der dem RK. durch Gesetz vom gleichen Tage erteilten Ermächtigung wurde der Text der KO. durch Bekanntmachung v. 20. Mai 98 in fortlaufender Nummernfolge der §§. neu veröffentlicht (RGBl. 612 ff.). Die jetzige KO. enthält die Strafbestimmungen im dritten Buch zu den §§ 239 bis 244. In Helgoland ist die KO. eingeführt durch V. v. 22. März 1891 Art. I Nr. VIII 4 (RGBl. 21).

Die Materialien zur KO. v. 10. Feb. 1877 (Bundesratsentw. v. 75; Motive dazu nebst Anlage; Protokolle der VIII. Kommission des RT. erster u. zweiter Lesung, Verhandlungen des RT.) sind zusammengestellt in Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. IV; die des G. v. 17. Mai 1898 (Entw.; Begründung dazu; Antrag des Ab-

geordn. Rintelen u. Gen. v. 14. Dez. 97; Bericht der VI. Kommission des RT. v. 29. März 98 nebst Anlage; Verhandlungen des RT.) in der Fortsetzung des Hahnschen Werks: Mugdan, Die gesamten Materialien der Reichs-Justizges. Bd. VII S. 217 f. Im Nachfolgenden ist der Entwurf des BR. zur KO. v. 10. Feb. 77 lediglich mit Entw., die dazu gehörige Begründung mit Mot. bezeichnet.

2) Während nach § 2_3 EGStGB. die in den Landesgesetzen „rücksichtlich des Konkurses“ gegebenen Strafvorschriften, „insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das StGB. nichts bestimmt“ „bis zum Erlasse eines Bundesgesetzes über den Konkurs“ in Kraft blieben, wurden durch § 4 EGKO. v. 10. Feb. 1877 alle „Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind“ ausdrücklich aufgehoben; dagegen wurde durch den die §§ 281—283 StGB. beseitigenden § 3 desselben Gesetzes im übrigen ausgesprochen, daß, abgesehen von gewissen für das Strafrecht nicht in Betracht kommenden Ausnahmen „die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze durch die KO. nicht berührt“ würden. Daraus folgt:

a) Da in der KO. unbedenklich die „Materie“ des Bankerutts (§ 2_1 EGStGB.; N. 3 das.) erschöpfend geregelt ist (Mot. S. 460; Prot. d. Kommiss. I. Lesung S. 125) sind damit trotz der ungenauen, nur die „rücksichtlich des Konkurses“ erlassenen landesrechtlichen Strafvorschriften erwähnenden, Fassung des § 4_2 EGKO. alle diese „Materie“ auch über die Fälle eines förmlichen Konkurses hinaus betreffenden Landesgesetzgebungen beseitigt; Merkel HH. 4 450. Unberührt geblieben sind nach § 5 Nr. 1 desselben Ges. lediglich die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter oder Familienfideikommisse betreffen, dagegen ist die in Nr. 2 das. weiter gemachte Einschränkung, daß auch die „landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner u. seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellen“ aufrecht erhalten bleiben sollen, durch Art. II Nr. 1 EG. zum G. btr. Änderungen der KO. v. 17. Mai 98 beseitigt.

b) Die den Konkurs betreffenden in Reichsgesetzen enthaltenen Strafvorschriften haben neben der KO. Geltung. Als solche kommen in Betracht: HGB. § 315 Nr. 2 i. V. mit §§ 320 Abs. 3, 325 Nr. 9; G. btr. die Erwerbs- u. Wirtschafts-Genossenschaften v. 1. Mai 1889 (F. v. 20. Mai 1898) § 148 Nr. 2; G. btr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. Apr. 1892 (F. v. 20. Mai 1898) §§ 83, 84; G. btr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. Juli 1896 §§ 10, 11, 12 Abs. 2; G. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 §§ 109, 112, 113. Vgl. auch KO. § 244.

3) Die hauptsächlichsten Abweichungen der Strafbestimmungen der KO. von denen des StGB. sind folgende. Während das StGB. einen strafbaren Bankerutt nur bei Kaufleuten kannte, dehnte die KO. von 1877, damit wieder zu dem Standpunkt der meisten früheren Landesgesetzgebungen, insbs. auch des PrALR. II 20 §§ 1452—87, zurückkehrend, die Bankeruttvorschriften auf Nichtkaufleute aus, wobei allerdings verschiedene Strafvorschriften wegen ihres sachlichen Inhalts auch jetzt nur auf Kaufleute Anwendung finden können. Neben das in dem StGB. in dieser Beziehung allein genannte Erfordernis der Zahlungseinstellung setzte die KO. ferner alternativ das der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Gemeinschuldners. Im übrigen entsprechen die §§ 209, 210, 212 KO. bezüglich der für strafbar erklärten Bankerutthandlungen völlig den früheren §§ 281, 283, 282 des StGB. Neu wurde durch die KO. im § 211, wie dies bereits in ähnlicher Weise in früheren Landesgesetzgebungen geschehen war (z. B. Pr. KO. v. 8. Mai 1855 § 308) allgemein die Gläubigerbegünstigung und im § 213 der Stimmverkauf des Konkursgläubigers unter Strafe gestellt, und es wurde endlich im § 214 die Strafbarkeit nach Maßgabe der §§ 209—211 KO. auf bestimmte Klassen von Nichtschuldnern ausgedehnt, eine Vorschrift, die in den N. 2 bezeichneten G. btr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. Apr. 1892 / 20. Mai 1898 u. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 noch eine weitere Ausdehnung erfahren hat. Durch das G. v. 17. Mai 1898 endlich wurden die Strafandrohungen beim einfachen Bankerutt u. der

Gläubigerbegünstigung geändert u. bezüglich des ersteren die Strafnorm der Nr. 1 in einem Punkte ergänzt, sowie die jetzige Nr. 2 des § 240 neu in das Gesetz eingestellt; im übrigen blieben die früheren Vorschriften unverändert. Weitergehende im RT. gestellte Abänderungsanträge wurden abgelehnt (Antr. des Abgeordn. Rintelen u. Gen. v. 14. Dez. 97; Drucksachen 1897/98 Nr. 74 u. Kommiss.Bericht v. 29. März 98, Drucksachen 1897/98 Nr. 237 S. 52 f.). An Stelle der aufgehobenen §§ 281—283 StGB. werden danach im Nachstehenden die § 239—244 KO. einer Erläuterung unterzogen werden.

4) Für den Wechsel der Gesetzgebung zwischen der Zeit der begangenen Handlung u. der Aburteilung gelten die allgem. Grundsätze des § 2 StGB. Vgl. deshalb Noten zu § 2 insbs. N. 1, 10—17 u. RG. FS. 7. Sept. 80 R. 2 210, III 29. Sept., II 12. Nov. 80, 1 1., 8. März, II 7. Dez. 00, II 13. Juni 02, E. 2 337, 439, 33 184, 187, 34 37, 35 288; s. auch §§ 239 N. 35, 240 N. 24.

Konkursordnung.

Drittes Buch.

Strafbestimmungen.

§. 239.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen,

1. Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder theilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, daß dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

PrStGB. § 259. RStGB. § 281. Entw. § 209. Mot. S. 459 ff. KO. 1877 § 209, durch G. v. 17. Mai 1898 nicht geändert.

Objektiver Tatbestand im allgemeinen N. 1. Täter N. 2.

1) Die Entwicklung des Begriffs u. Wesens des strafbaren Bankerutts ist bis jetzt weder in der Gesetzgebung, noch in der Strafrechtswissenschaft zu einem Abschlusse gelangt, insbs. ist es bisher nicht gelungen, einen allgemeinen und dabei doch erschöpfenden u. klar begrenzten Tatbestand dieses Delikts aufzustellen, vielmehr haben die Gesetzgebungen bis in die neueste Zeit sich darauf beschränkt, unter Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit oder der Zahlungseinstellung des Schuldners oder der Konkurseröffnung über sein Vermögen ganz bestimmte einzelne Handlungen des Sch. unter Strafe zu stellen. Die Grundlage jeder Strafbarkeit des B. ist die Pflicht eines Sch., seinen Gläubigern gegenüber sich zahlungsfähig zu erhalten. Die Verletzung dieser Pflicht bildet, rein dogmatisch, „das Grunddelikt des Bankerutts"; Binding Lb. **1** 421, v. Liszt S. 461. Das verletzte oder gefährdete Rechtsgut sind die Rechte der Gläubigerschaft; v. Liszt aO., Doerr Objekt d. Vermögensdel. S. 67; die strafbare Handlung des Sch. ist die Verletzung oder Gefährdung dieser Rechte durch Verminderung des Vermögens des Sch. oder durch Verschleierung seines Vermögensstandes. Erfolgt die strafbare Handlung in der Absicht, die Rechte seiner Gl. zu schädigen, so handelt es sich um die schwerere Form: den betrüglichen Bankerutt; erfolgt sie ohne solche Absicht, so liegt leichter, einfacher Bankerutt vor. Über die historische Entwicklung des strafbaren B. u. seine dogmatische Begründung im allgemeinen sind namentlich zu vergleichen die Lehrbücher von: Berner S. 606 f., Binding Lb. **1** 420 f., Hälschner **2** 398 f., v. Liszt S. 460 f., Merkel S. 331 f., H. Meyer S. 597 f., Schütze S. 490 f., sowie die Schriften von: Neumeyer Histor. u. dogmat. Darst. d. strafbar. B.; Schmidt Der strafb. Bankbruch in histor.-dogmat. Entwicklung; Reichart Der strafbare B. GS. **48** 81 ff., 241 ff., v. Hoiningen gen. Huene Beiträge zur geschichtl. Entwicklg. des strafb. Bankerutts und die Erörterungen von: Merkel HH. **3** 812 f., **4** 450 f., v. Rohland Gefahr S. 33 f., Meves u. Cohn G. **36** 377 f., **41** 198 f. u. Kleinfeller GS. **43** 161, die in der Begründung u. dem Ergebnis allerdings in der mannigfaltigsten Weise voneinander abweichen. Für die Zwecke einer Erläuterung der Bestimmungen des geltenden Rechts kann nur die Gestaltung des Begriffs in der heutigen RKO. in Betracht gezogen werden. Nach dieser — der RKO. — liegt strafbarer B. vor, wenn Sch., die ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das KVerfahren eröffnet ist, die im Ges. im einzelnen aufgeführten Hdlgen begangen haben und je nachdem die Hdlgen von dem Sch. verübt sind in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen oder ohne solche Absicht, spricht das Ges. von betrüglichem o. einfachem Bankerutt. An die Stelle des allgem. Erfordernisses einer Verletzg. oder Gefährdg. der Gläubigerrechte ist somit durch die KO. die Tatsache der ZahlEinstllg. oder KonkEröffng. gesetzt. Liegen diese Tatsachen vor, so wird eine Verletzg. o. Gefährdg. der Rechte der Gläubiger ohne weiteres für gegeben erachtet; sind sie nicht eingetreten, so wird solche Verletzg. oder Gefährdg. nicht angenommen. Nur für den Fall des Eintritts einer dieser Tatsachen werden die im Gesetz aufgeführten einzelnen Hdlgen zu strafbaren Bankerutthandlungen. Sowohl § 239 wie § 240 enthalten im ganzen ein alternatives Mischgesetz, in den einzelnen Nummern alternative Tatbestandsmerkmale; Wertheimer Mischgesetze S. 59; vgl. auch N. 41 aE.

2) In objektiver Beziehung gehört somit nach der KO. zum Tatbestande des betrüglichen Bankerutts:

a. als Subjekt ein Sch., der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist,

b. die Begehung einer der unter Nr. 1—4 des § 239 aufgeführten Hdlgen; in subjektiver Beziehung die Absicht, die Gl. zu benachteiligen.

Täter i. S. des Ges. kann jeder Schuldner sein. Die Beschränkung auf Kaufleute ist weggefallen (Abschn. 24 N. 3), doch können die unter Nr. 3 u. 4 aufgeführten Hdlgen nach dem sachlichen Inhalt nur von Kaufleuten begangen werden (N. 14). Der Begriff eines Schuldners bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Nach BGB. § 241 ist Sch. derj., der aus einem Schuldverhältnis einem anderen — dem Gläubiger — zu einer Leistung (die auch in einem Unterlassen bestehen kann) verpflichtet ist. Voraussetzung ist, daß der Täter nach den Bestimmungen des bürgerl. Rechts sich gültig verpflichten kann, so daß z. B. ein Minderjähriger hinsichtl. der ohne Genehmigung seines gesetzl. Vertreters abgeschlossenen Geschäfte (BGB. § 108) nicht als Schuldner i. S. des Ges. angesehen werden kann; RG. FS. 8. Sept. 03 E. 36 357 (s. auch N. 6a). Für den Tatbestand des § 239 kommen dabei wesentl. nur Verpflichtungen zu Geldleistungen in Frage, da die Nichterfüllung von Leistungen anderer Art kaum zu einer ZEinstllg. führen u. den Grund zu einer KEröffng. überhaupt nicht bilden kann (KO. § 102); Jäger § 30 N. 12. Nur durch positive Gesetzesbestimmung kann die Täterschaft auch auf Dritte, die an sich nicht Sch. im gesetzl. Sinne sind, ausgedehnt werden (§ 244); im übrigen verlangt das Ges. an sich unbedingt Identität zwischen dem Vermögensträger, der seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Kverfahren eröffnet ist, u. demj., der die Bankerutthdlgen vorgenommen hat (über nur scheinbare Ausnahmen s. N. 6).

Zahlungseinstellung. Konkurseröffnung. Bedeutung beider für den Tatbestand. N. 3—6.

3) Täter nach § 239 ist nur derj. Schuldner, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Der Begriff der Zahlungseinstellung ist in die Strafbestimmungen der KO. aus dem RStGB. übernommen, und es ist nicht ersichtlich, daß dabei irgend eine Änderung beabsichtigt war (Mot. zum StGB. S. 134; Mot. zur KO. S. 460; s. auch Jäger § 239 N. 13). Die Begriffsbestimmung des StGB. ist somit für die Strafbestimmungen der KO. auch jetzt noch als maßgebend zugrunde zu legen, und es kann dahingestellt bleiben, ob nach den sonstigen Bestimmungen der KO. (vgl. Jäger §§ 30 N. 11, 102 N. 2, Petersen-Kl. §§ 30 N. 5, 6, 102 N. 6) der Begriff zum Teil sich abweichend gestaltet. Unter ZEinstllg. i. S. des § 239 ist danach die Tatsache zu verstehen, daß ein Sch. aufgehört hat, seine Verpflichtungen den Gläubigern gegenüber in der Allgemeinheit zu erfüllen, daß er seinen Gl. gegenüber das Zahlen eingestellt hat. Die ZEinstllg. setzt hier weder Vermögensunzulänglichkeit d. h. ein Übersteigen der Aktiva durch die Passiva, noch eigentliche Zahlungsunfähigkeit voraus, obgleich letztere in der Regel die tatsächliche Ursache der ZEinstllg. sein wird; Mot. zum StGB. S. 134. Übereinstimmend die überwiegende Ansicht, insbs.: Berner S. 609, Binding Lb. I 427, Hälschner 2 407, v. Liszt S. 462, Merkel S. 332, Oppenh.-D. N. 18; ebenso RG. III 25. Okt. 79 R. 1 18, II 11. Jan., III 22. Jan. 81, I 21. Juni 86 E. 3 190, 294, 14 221; aM.: Rubo § 281 N. 4, v. Sarwey-B. N. 1, v. Wilmowski (4. Aufl.) N. 1, Kohler, Leitfaden d. Konkursrs. S. 175. Das von Oppenh.-D. aO. für die angeblich entgegengesetzte Auffassung des RG., daß die ZEinstllg. auf Zahlungsunvermögen beruhen müsse, angeführte Urt. I 3. Okt. 79 R. 1 31 ist hierfür nicht zu verwerten, da es auf die auf anderen Voraussetzungen beruhende PrKO. sich bezieht; dagegen enthält allerdings II 23. Okt. 83 E. 9 161 eine zweifelhafte Wendung, hat indessen offenbar nur die Verhältnisse des konkreten Falls im Auge, bei dem es nach dem mitgeteilten Sachverhalt zweifellos um eine auf Zahlungsunfähigkeit beruhende ZEinstllg. sich handelte.

Aus dem entwickelten Begriffe ergibt sich:

a) Es ist nicht genügend, wenn nur eine einzelne fällige Zahlung nicht geleistet wird, vielmehr ist erforderlich, daß der Schuldner aufgehört hat, allgemein seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, während andererseits der Begriff der ZEinstllg. nicht dadurch

ohne weiteres ausgeschlossen wird, daß noch einzelne Schuldbeträge berichtigt werden; RG. III 28. Okt. 79 R. 1 18.

b) Bloße Überschuldung genügt zur Annahme der ZEinstllg. nicht, vielmehr kann Überschuldung vorhanden sein, ohne daß der Schuldner (etwa infolge des ihm gewährten Kredits) aufhört, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen. Auf der anderen Seite erscheint es denkbar, daß auch bei völliger Zulänglichkeit des Vermögens ein Schuldner, weil er z. B. außerstande ist, seine Aktiva in Geld umzusetzen, genötigt ist, mit Leistung von Zahlungen aufzuhören; RG. II 11. Jan. 81 E. 3 190.

c) Es ist deshalb ferner ohne Bedeutung, ob die ZEinstllg. auf irrtümlich angenommener oder vorgeschützter ZUnfähgkt. beruht, oder ob der Schuldner, vielleicht trotz seiner ihm bekannten Fähigkeit, nicht zahlen will. Wesentlich ist nur, daß der Schuldner tatsächlich aufgehört hat, seine Zahlungen zu leisten; so RG. III 22. Jan. 81 E. 3 294; aM. v. Wilmowski N. 1 letzt. Abs.

d) Nicht notwendig für den Begriff der ZEinstllg. ist, daß der Zustand ein dauernder, nicht zu beseitigender sei. Eine bloße augenblickliche, vorübergehende ZStockung (vgl. RG. VII ZS. 17. Dez. 01 EZS. 50 39 f.) ist allerdings noch nicht ohne weiteres eine ZEinstllg.; führen die Ursachen der ZStockung aber dazu, daß der Schuldner, wenn auch nur zeitweise, seine Verpflichtungen im allgemeinen nicht mehr erfüllen kann, so liegt, auch wenn dieser Zustand demnächst wieder beseitigt wird, bis dahin doch ZEinstllg. vor; Oppenh.-D. N. 18.

e) Eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners, daß er seine Zahlungen einstelle, wird nicht erfordert, vielmehr kann die Tatsache der ZEinstllg. auch aus schlüssigen Hdlgen entnommen werden.

f) ZEinstllg. ist sowohl bei Kaufleuten, wie bei Nichtkaufleuten denkbar (aM. Stenglein RStrafnebenges. N. 2), nur setzt sie ihrer Natur nach voraus, daß der Schuldner, der seine Zahlungen einstellt, in einer Mehrheit von Schuldverhältnissen gestanden hat; sie ergreift die ganze vermögensrechtliche Lage des Schuldners und kann nicht auf einen Teil derselben (etwa ein einzelnes Geschäft) beschränkt werden; vgl. aber N. 20.

g) Die Tatsache der ZEinstllg. ist im Strafprozeß wie jede andere Tatsache nach der freien Überzeugung des Strafrichters festzustellen. Etwaige zivilgerichtliche Urteile sind für den Strafrichter in keiner Weise bindend; Berner S. 609, Hälschner 2 407, Oppenh.-D. N. 20.

In der Praxis des RG. ist ZEinstllg. gefunden in der Erklärung des Schuldners, seine Gläubiger nicht befriedigen zu können, verbunden mit dem Vorschlag eines Akkordes; zit. R. 1 18; in der Nichteinlösung eines fälligen Wechsels bei einem Kaufmann; zit. E. 3 190; in der Nichtbezahlung zweier Gläubiger trotz mehrfacher Mahnungen; zit. E. 14 221; dagegen nicht schon dann angenommen, wenn der Schuldner die zur Zahlung fälliger Schulden erforderlichen Geldmittel nicht aus den regelmäßigen Geschäftseinnahmen entnehmen kann; II 9. Juni 91 G. 39 231.

4) Neben dem Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, kann alternativ (N. 1 aE.) Täter sein derj. Schuldner, über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Im Gegensatz zur ZEinstllg., deren Voraussetzung der Strafrichter selbständig zu prüfen hat (N. 3 g), ist für die Frage, ob KEröffng. vorliegt, lediglich die formale Sachlage entscheidend, ob den Vorschriften der KO. entsprechend tatsächlich eine Eröffnung des Konkursverfahrens stattgefunden hat. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Eröffnung ohne Rücksicht darauf, ob das KVerfahren durchgeführt oder demnächst (KO. § 204) wieder eingestellt ist; ist der Eröffnungsbeschluß dagegen im Beschwerdewege aufgehoben, so gilt der K. rechtlich als überhaupt nicht eröffnet; Jäger N. 18, Petersen-Kl. N. 18. Eine materielle Nachprüfung, ob der K. zu Recht oder zu Unrecht eröffnet ist, steht dem Strafrichter nicht zu; RG. IV 6. Juli 94 E. 26 37, Hälschner 2 407, Petersen-Kl. aO. Nach KO. § 102 setzt die KEröffng. Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus, die bei ZEinstllg. ohne weiteres angenommen wird, aber auch sonst nachgewiesen werden kann; sie erfolgt durch Beschluß des Gerichts (§ 108), der die Stunde der Eröffnung anzugeben hat und gegen den dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zusteht (§ 109). Für

offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften gilt nichts Besonderes (§ 209 Abs. 1), dagegen findet bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, sowie bei Vermögensmassen einer juristischen Person und eines Vereins, der als solcher verklagt werden kann, des Koverfahren auch im Falle der Überschuldung statt (§§ 207, 209 Abs. 1 S. 2, 213), und dasselbe gilt nach §§ 98, 140 Satz 1 GenG. (F. v. 20. Mai 1898) u. § 63 GmbHG. (F. v. 20. Mai 1898) auch bei Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften u. bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bei den unbeschränkt haftenden Genossenschaften allerdings nur für die Zeit nach ihrer Auflösung.

5) Sehr bestritten, aber für die aus ihrer Beantwortung zu entnehmenden Folgerungen von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, welche Bedeutung der ZEinstllg. (KE.) für den Tatbestand des strafb. Bankerutts zukommt. Während die meisten Schriftsteller: Berner S. 611, Finger **1** 117, Hälschner **2** 408 u. G. **18** 671, Merkel S. 333, Oppenh.-O. N. 24, Petersen-Kl. N. 4, Rüd.-St. N. 12, v. Sarwey-B. N. 1, Stenglein RStrafnebenges. N. 11, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 209 N. 2, v. Wilmowski N. 1, Kleinfeller GS. **43** 161, Meves G. **36** 383, Neumeyer Bankerott S. 126, Schmidt Bankbr. S. 131 und im wesentlichen auch das RG.: II 15. Feb., I 21. Nov. 81, 26. Juni 82, 8. Dez. 84, 9. Nov. 85, II 20. Sept. 87, IV 1. Apr. 92, 2. Juli 95, II 27. Nov. 96, IV 27. März 01, E. **3** 350, **5** 415, **7** 391, **11** 386, **13** 41, **16** 188, **22** 436, **27** 316 (318), **29** 222 (225), **34** 238, die ZEinstllg. (KE.) für ein „Tatbestandsmerkmal" des B. erklären, bezeichnen andere: v. Liszt S. 462, Merkel HH. **3** 819, H. Meyer S. 598, Frank § 67 N. II 3, v. Schwarze Allg. Bemerk. S. 820, Beling Verbr. S. 59 N. 4, Gerland KrVJSchr. **46** 61, Rehm Die Bilanzen der Aktgesellsch. § 203 I, Rintelen Konkursr. § 4 S. 75 u. Cohn G. **41** 204 (letzterer nur für den einf. B.) sie als bloße Bedingung der Strafbarkeit. Reichart GS. **48** 256 erklärt, daß ZEinstllg. u. KE. weder Tatbestandsmerkmale, noch bloße Strafbarkeitsbedingungen seien, sondern „Merkmale, Anzeichen des eigentlich vorausgesetzten Tatbestandsmerkmals der Zunfähigkeit, ... eine Vermutung dafür, daß Zahlungsunfähigkeit vorliegt". Binding Lb. **1** 427 f. erachtet die ganze Formulierung des Gegensatzes als Tatbestandsmerkmal und Strafbarkeitsbedingung für nicht glücklich und kommt zu dem Ergebnis, daß ZEinstllg. u. KE. lediglich zur Charakterisierung der Subjekte dienten, deren Bankerutthdlgen bestraft werden sollen, ähnlich wie die Betonung der Beamteneigenschaft des Täters bei den Amtsverbrechen. In den Folgerungen stimmen die Ansichten von Reichart u. Binding im wesentlichen mit denjenigen, die ZEinstllg. u. KE. für Strafbarkeitsbedingungen erklären, überein, wie denn v. Liszt auch Binding zu den Anhängern dieser Ansicht zählt. Einen gesonderten Standpunkt nimmt Jäger ein, der (1. Aufl. S. 770) zu dem unannehmbaren Ergebnis kommt: ZEinstllg. (KE.) seien Merkmale des deliktischen Tatbestandes, die Bankerutthdlgen dagegen außerhalb stehende zur rechtswidrigen Handlung hinzutretende Umstände, Bedingungen der Strafbarkeit; in der 2. Aufl. (S. 936, 939, 941, § 239 N. 1, § 240 N. 1) ist die vorstehende Stelle gestrichen, sachlich wird aber im wesentlichen derselbe Standpunkt vertreten. Es wird der Auffassung v. Liszts durchaus beizutreten sein. Darüber, was unter Tatbestandsmerkmalen und was unter Bedingungen der Strafbarkeit zu verstehen, ist allerdings eine gleichmäßige Ausdrucksweise in der Strafrechtswissenschaft keineswegs gegeben (vgl. Finger **1** 114 f. u. G. **50** 32, sowie Beling Verbr., letzteren insbs. über den Begriff des Tatbestandsmerkmals im Gegensatz zu den tatbestandsfremden „Strafdrohungsbedingungen" §§ 1, 8, 13, 20, 24 aO.). Versteht man unter Tatbestandsmerkmal nur die Merkmale der schuldhaften Handlung (v. Liszt S. 119, 192; vgl. auch Binding Lb. **1** 428 N. 2), so wird nicht in Zweifel zu ziehen sein, daß in diesem Sinne ZEinstllg. u. KEröffng. nach der KO. jedenfalls nicht zu den Tatbestandsmerkmalen des Delikts zu zählen sind, da in Theorie u. Praxis darüber Übereinstimmung herrscht, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes ein Kausalzusammenhang zwischen diesen Ereignissen u. den Bankerutthdlgen unmöglich gefordert werden kann, noch weniger aber der Nachweis, daß sie mit von dem Verschulden des Täters umfaßt gewesen seien (N. 33, 34). Es ergibt sich dies ohne weiteres daraus, daß die Bhdlgen der ZEinstllg. (KE.) nachfolgen können, und daß zur Zeit der ZEinstllg. (KE.) irgendeine dolose Absicht oder überhaupt nur irgendein Verschulden

noch nicht vorzuliegen braucht. Faßt man aber auch den Begriff des Tatbestandsmerkmals im w. S. und versteht darunter jeden für den Verbrechenstatbestand überhaupt, wenn auch nur objektiv, wesentlichen Umstand (v. Liszt aO.), so wird man trotzdem ZEinstllg. u. KE. nicht als solches Tatbestandsmerkmal, oder, wie das RG. sie nennt, als „Element der Handlung" bezeichnen können. Es kann anerkannt werden, daß die geschichtliche Entwickelung des Verbrechensbegriffs des strafb. B. dazu hätte führen können, die ZEinstllg. u. KEröffng. selbst u. die in ihnen zutage tretende schuldhafte Beeinträchtigung der Forderungsrechte der Gläubiger (vgl. zit. RG. E. 16 190) für das Wesen des für strafbar erklärten Angriffs gegen die Rechtsordnung zu erklären und so ZEinstllg. u. KEröffng. zu Bestandteilen der strafb. Hdlg. selbst zu machen. Die Reichsgesetzgebung ist diesen Weg aber nicht gegangen, sondern sie sieht, wie hervorgehoben, und wie auch das RG. stets betont, bewußt von einem Zusammenhang zwischen ZEinstllg. (KE.) mit dem deliktischen Handeln in jeder Beziehung ab und betrachtet, wie die Motive zum StGB. (S. 134) hervorheben, die ZEinstllg. nur als den Umstand, „von dessen Vorhandensein die Anwendung der Vorschriften des vorliegenden Abschnittes" abhängt. Auf demselben Standpunkt steht die KO., die bezüglich des Begriffs der ZEinstllg. (KE.) eine Änderung überhaupt nur insofern herbeiführen wollte, als neben die ZEinstllg. auch die KEröffng. gestellt werden sollte. Auch sie sieht nach den Motiven ZEinstllg. u. KEröffng. nicht als Bestandteile der normierten strafb. Hdlgen selbst an, sondern spricht aus, daß die KO. „die den K. oder die ZEinstllg. betreffenden strafb. Handlungen zusammenfaßt, ... sofern die Strafbarkeit davon abhängt, daß das KVerfahren eröffnet war, oder eine ZEinstllg. erfolgt ist" und bezeichnet demnächst ZEinstllg. (KE.) ausdrücklich als „Voraussetzung für die Strafbarkeit" (Mot. S. 460). Erst nach diesen Erörterungen wird alsdann in den Motiven „der begriffsmäßige Tatbestand des B." nach Maßgabe der in der KO. pönalisierten einzelnen Hdlgen besprochen, ja die KO. bezeichnet auch im Text selbst (§ 244) als „die mit Strafe bedrohten Handlungen" ausdrücklich die in den §§ 239 f. aufgeführten einzelnen Taten und nicht die ZEinstllg. u. KEröffng. Für das geltende Recht muß demnach davon ausgegangen werden, daß nach der KO. ganz allgemein (also für den betrügl. u. für den einf. B.) ZEinstllg. u. KEröffng. nicht Tatbestandsmerkmale, auch überhaupt nicht Elemente der strafb. Handlung sind, sondern lediglich die außerhalb des deliktischen Tatbestandes liegende Voraussetzung (Bedingung) der Strafbarkeit bilden. Dem Umstande, daß das strafb. Handeln mit dem Namen „Bankerutt" bezeichnet wird, ist irgendeine ausschlaggebende Bedeutung nicht beizumessen; vgl. Rehm aO. 895.

6) Die Frage, wer als derj. Schuldner anzusehen ist, der seine Zahlungen eingestellt hat, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein und ist nach den tatsächlichen Verhältnissen zu entscheiden. Aus der Praxis des RG. sind folgende Fälle hervorzuheben:

a) Ob ein Minderjähriger durch Eingehung von Schuldverhältnissen Schuldner im Rechtssinne geworden ist, ist nach den zivilrechtl. Grundsätzen über seine Geschäftsfähigkeit zu beantworten (BGB. §§ 104 ff.), und es ist deshalb ein Minderjähriger, der ohne die erforderliche Genehmigung ein Erwerbsgeschäft betreibt, nicht als Kaufmann und auch überhaupt nicht als Schuldner i. S. des Ges. zu erachten (BGB. § 112 bzw. §§ 106 ff.); IV 2. Okt. 94, FS. 8. Sept. 03, E. 26 93, 36 357.

b) Werden bei Eheleuten, die in GG. leben, die gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten von dem Ehemann nicht mehr erfüllt, so sind beide Eheleute als diejenigen anzusehen, die ihre Zahlungen eingestellt haben; II 23. Okt. 83 E. 9 161.

c) Für die Frage, wer als Inhaber einer die Zahlungen einstellenden Firma zu gelten hat, ist der wirkliche Sachverhalt, nicht seine formelle Erscheinung maßgebend; vgl. II 7. Juli 93 E. 24 261. Wird ein Geschäft zum Schein auf den Namen eines andern betrieben und eingetragen, so ist doch als der seine Zahlungen einstellende Schuldner derj. zu betrachten, der tatsächlich das Handelsgeschäft als sein eigenes u. zu eigenem Vorteile treibt; I 12. Feb., IV 9. Nov. 94, E. 25 121, 26 187.

d) Von anderen Gesichtspunkten ist die Identitätsfrage zu prüfen, wenn es um Feststellung des Schuldners, über dessen Vermögen das KVerfahren eröffnet ist, sich handelt.

Hier kann allein die formelle Bezeichnung des Schuldners im Eröffnungsbeschl. maßgebend sein, und es ist deshalb hier nicht zulässig, mittelbar den tatsächlichen Inhaber des zum Schein unter anderem Namen betriebenen Geschäfts als denj. zu betrachten, der von der KEröffng. betroffen sei (IV 13. Okt. 96 E. 29 103), was natürlich nicht hindert, den tatsächlichen Inhaber dann strafrechtlich verantwortlich zu machen, wenn er nach den zuvor entwickelten Gesichtspunkten als derj. anzusehen ist, der seine Zahlungen eingestellt hat (oben zu a u. b), und selbstverständlich bleibt, falls der Eröffnungsbeschl. etwa „den Inhaber einer kaufmännischen Firma" als von der KEröffng. betroffen bezeichnet, der Nachweis offen, welche Person es gewesen ist, die tatsächlich unter jenem Handelsnamen Geschäfte betrieben hat u. deshalb unmittelbar von der KEröffng. betroffen ist. Bei einem Nachlaßkonkurse ist in Ansehung des Nachlasses vom Moment des Erbanfalls an der Erbe, bei einem Konkurse über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten GG. der überlebende Ehegatte als der in Betracht kommende Schuldner anzusehen (vgl. KO. §§ 214 ff., 236); Jäger N. 2, Petersen-Kl. N. 2.

Bankerutthandlungen N. 7—33. Insbs. zu Nr. 1. Verheimlichung und Beiseiteschaffung von Vermögensstücken. N. 7, 8.

7) Die Aufzählung der strafb. Hdlgen in § 239 hat die Bedeutung, daß weitere Hdlgen des Gemeinschuldners als betrüg. B. nicht strafbar sind, eine ausdehnende Anwendung der gesetzl. Bestimmungen auf ähnliche Fälle also durchaus unstatthaft ist; v. Liszt S. 462, v. Schwarze Allg. Bemerk. S. 819 zu 3a. Nur durch Gesetz können andere Bhdlgen für strafbar erklärt werden; vgl. DepotG. v. 5. Juli 1896 §§ 10, 11, 12 Abs. 2.

Nr. 1 des § 239 stellt unter Strafe die Verheimlichung oder Beiseiteschaffung von Vermögensstücken. Unter Vermögensstücken (vgl. StGB. §§ 266 N. 8a, 288 N. 8) ist an sich alles zu verstehen, was einen Vermögenswert hat, also nicht nur bewegliche, sondern auch unbewegliche Sachen (so die GM., insbs. RG. II 22. Juni 80 E. 2 118; aM. v. Schwarze N. 5 u. Unternote 2, zum Teil auch Jäger N. 29) sowie dingliche und obligatorische Rechte sowie überhaupt alle Ansprüche, die einen Geldwert haben; indessen folgt aus dem Wesen des B., daß nur solche Vermögensstücke in Frage kommen können, die dem Zugriff der Gläubiger offen stehen, da nur solche den Gläubigern rechtswidrig entzogen werden können; so: Hälschner 2 410, Oppenh.-O. N. 40, Petersen-Kl. N. 24; aM. Jäger N. 30. Daraus ergibt sich einmal, daß nur das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners Gegenstand des Verbrechens sein kann (KO. § 1). An den nach den Vorschriften der ZPO. (§§ 811 ff., 850 ff.) unpfändbaren Gegenständen, also z. B. den unentbehrlichen Kleidungsstücken, kann somit das Verbr. nicht verübt werden; RG. III 29. Jan. 00 G. 47 158. Es folgt aber weiter, daß auch alles nach der ZEinstllg. (KE.) erworbene Vermögen (selbstverständlich, soweit es nicht um aus Mitteln der Konkursmasse erworbenes Vermögen sich handelt) als möglicher Gegenstand des Verbr. ausscheidet. Beim Nachlaßkonkurs kann das Verbr. nur an den Gegenständen des Nachlasses, bei K. über das gütergemeinschaftliche Vermögen der Eheleute nur an Gegenständen des Gesamtguts, bei K. lediglich über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft nicht an Stücken des Privatvermögens der einzelnen Gesellschafter verübt werden.

8) Der Begriff des Verheimlichens und Beiseiteschaffens ist der allgemeine (etwas abweichend v. Völdernborff 3 19). Bezüglich der Verheimlichung ist deshalb zu vergleichen StGB. § 259 N. 9, bezüglich des Beiseiteschaffens StGB. § 288 N. 11. Zum Beiseiteschaffen ist auch das Verbrauchen, Verschenken, Verschleudern, Vernichten u. Belasten zu zählen, zum Verheimlichen auch das irreführende Ableugnen von Vermögensstücken; so: Petersen-Kl. N. 21, v. Wilmowski N. 3, Gerland KrVJSchr. 46 71; hinsichtlich des Vernichtens aM. Merkel HH. 3 817, ebenso, sowie weiter auch btr. des Verbrauchens u. Veräußerns Jäger N. 29. Eine besondere Heimlichkeit der Handlung wird weder für den Begriff des Beiseiteschaffens, noch den der Verheimlichung erfordert; Hälschner 2 410, v. Wilmowski aO.; ebensowenig ein Erfolg der Handlung in dem Sinne, daß die Vermögensstücke dauernd dem Zugriff der Gläubiger entzogen bleiben. Wenn auch die Grenze zwischen Beiseiteschaffen und Verheimlichen, wie Binding (Lb. 1 432) zutreffend hervorhebt,

keine begrifflich scharfe ist, so tritt doch immer ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden darin hervor, daß das Verheimlichen voraussetzt, die Gegenstände seien an sich noch vorhanden u. nur der Wahrnehmbarkeit der Gläubiger entzogen, während das Beiseiteschaffen die Beseitigung der Vermögensstücke selbst in sich begreift, ohne Rücksicht darauf, ob ihre Zurückschaffung zur Masse noch möglich ist oder nicht. Die vorzugsweise Befriedigung eines einzelnen Gläubigers ist nicht hierher zu rechnen, vielmehr kann hier wegen der Gestaltung des subjektiven Tatbestandes nach den Grundsätzen der Gesetzeskonk. immer nur das Verg. gegen § 241 KO. in Frage kommen (N. 34 u. § 241 N. 9 u. 12; vgl. auch RG. II 17. März 82 E. 6 94 u. v. Völdernborff 3 20), es sei denn, daß die Form der vorzugsweisen Befriedigung eines Gläubigers von dem Schuldner ganz oder teilweise nur zum Schein gewählt wird, um damit in der Tat für sich Vermögensstücke den Gläubigern zu entziehen; RG. III 12. Juli 83 R. 5 518.

Zu Nr. 2. Anerkennung u. Aufstellung erdichteter Schulden oder Rechtsgeschäfte. N. 9—13.

9) Während in Nr. 1 diejenigen Fälle unter Strafe gestellt sind, in denen die den Gläubigern offenstehende Vermögensmasse direkt vermindert wird, führt Nr. 2 die Fälle auf, durch die eine der Vermögensmasse entsprechende Befriedigung der Gläubiger indirekt durch eine der Wahrheit nicht entsprechende Vergrößerung der Forderungsberechtigten beeinträchtigt werden soll. Im Ergebnis kommen somit die Fälle der Nr. 2 auch auf eine Verminderung der Vermögensmasse hinaus; sie sind in das PrStGB. u. aus ihm in das RStGB. und die KO. besonders aufgenommen, weil sie sonst nur durch Schlußfolgerung aus Nr. 1 zu finden wären; Goltd. Mat. 2 594, Jäger N. 31. Unter Schulden sind die auf irgendeinem Rechtsgrunde beruhenden Verpflichtungen zur Zahlung einer Geldsumme zu verstehen; Reichart GS. 48 302; unter Rechtsgeschäften die zweiseitigen oder einseitigen Willenserklärungen des Schuldners, durch die ein die Vermögensmasse belastendes Schuldverhältnis zur Entstehung gebracht wird. Hat die Anerkennung oder Aufstellung fingierter Schulden o. Rechtsgeschäfte die Folge, daß dadurch tatsächlich Vermögensstücke aus der Masse entfernt werden, so liegt ein Verstoß gegen Nr. 2 und Nr. 1 vor.

10) Unter „Anerkennen" u. „Aufstellen" sind alle Hdlgen zu verstehen, durch die die Schulden oder Rechtsgeschäfte zu beachtlichen Faktoren für die Befriedigung des angeblichen Gläubigers werden; eine besondere ausdrückliche Geltendmachung der Schulden oder Rechtsgeschäfte zum Zwecke der Benachteiligung der übrigen Gläubiger ist nicht erforderlich (so: Jäger N. 31, Petersen-Kl. N. 25, Reichart GS. 48 302; aM.: RG. III 29. Sept. 80 E. 2 338 [343], v. Wilmowski N. 4); es muß genügen, wenn Aufstellung oder Anerkennung irgendwie im Verfahren in die äußere Erscheinung getreten sind. Nicht notwendig ist danach weiter, daß ein Anerkenntnis den Erfordernissen des Schuldanerkenntnisses i. S. des BGB. § 781 entspreche (vgl. aber Stenglein RStrafnebenges. einerseits N. 20, andererseits N. 19), vielmehr kann die Anerkennung auch durch schlüssige Handlungen erfolgen, insbs. also dadurch, daß im Prozeß oder im KVerfahren die Forderung nicht bestritten, oder eine schuldtilgende Einrede (z. B. die der Zahlung) nicht erhoben, oder ein zugeschobener Eid nicht geleistet wird (Oppenh.-D. N. 43, Petersen-Kl. N. 25, Rüd.-St. N. 20, v. Sarwey-B. N. 6). Ebenso wird man in der Eintragung in die Handelsbücher, in Erklärungen gegenüber dem KVerwalter oder Dritten die Aufstellung und Anerkennung von Schulden finden können.

11) Als „erdichtet" sind Schulden o. Rechtsgeschäfte anzusehen, wenn sie der Wahrheit zuwider aufgestellt sind, also entweder überhaupt nicht, oder doch nicht in der behaupteten Art oder dem behaupteten Umfange bestehen. Die im Gesetz gewählten Worte „ganz oder teilweise erdichtet" sind an sich entbehrlich, da es selbstverständlich erscheint, daß auch ein teilweises Erdichten den Begriff des Erdichtens in sich schließt; RG. III 20. Dez. 93 E. 24 433. Es ist deshalb insbs. auch die Anerkennung von Forderungen, die nur quantitativ zu hoch aufgestellt, oder die noch nicht fällig sind, sowie die Anerkennung einer getilgten Schuld oder eines nicht bestehenden Pfand- o. Vorzugsrechts hierher

zu rechnen. Dagegen ist die Anerkennung einer verjährten Forderung oder die Nichterhebung der Verjährungseinrede nicht hierunter zu begreifen, da nach den Grundsätzen des BGB. (§ 222) die Verjährung nicht ein Erlöschen des Schuldverhältnisses herbeiführt, sondern dem Verpflichteten nur das Recht, die Leistung zu verweigern, gibt, so daß er nach wie vor rechtsgültig erfüllen darf und auch das tatsächlich Geleistete nicht zurückzufordern berechtigt ist; Oppenh.-O. N. 43, Petersen-Kl. N. 25, v. Sarwey-B. N. 6.

12) Selbstverständlich erscheint, was aber von den meisten Schriftstellern (vgl. Oppenh.-O. N. 44, v. Wilmowski N. 4, Schmidt Bankbruch S. 145) besonders hervorgehoben wird, daß den Schuldner im Strafverfahren bezüglich des Bestehens der Forderung keinerlei Beweislast trifft, sondern daß ihm die Erdichtung wie jede andere Tatsache nachgewiesen werden muß.

13) Über das Verhältnis des die erdichtete Forderung geltend machenden Gläubigers zu diesem Delikt s. N. 36 u. KO. § 242 N. 9.

Zu Nr. 3 und 4. Täter, im allgemeinen N. 14.

14) Täter i. S. der Nr. 3 u. Nr. 4 können (vgl. N. 2), nur Kaufleute sein, da beide Nummern lediglich die Nichtführung, Vernichtung, Verheimlichung, Veränderung oder unordentliche Führung von „Handelsbüchern" unter Strafe stellen, die Führung von Handelsbüchern aber begrifflich nur bei Kaufleuten denkbar ist. Die Motive zur KO. (Mot. S. 460) betonen dies ausdrücklich und heben insbs. hervor, daß „Geschäftsbücher" den Handelsbüchern nicht gleichgestellt werden können, so daß Personen, die nicht Kaufleute sind, aber doch Geschäftsbücher führen, diesen Strafbestimmungen nicht zu unterstellen sind. Die Nr. 3 des § 239 beschränkt die Möglichkeit der Täterschaft dann weiter auf diejenigen Kaufleute, welche „gesetzlich" zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet sind (vgl. N. 26).

Zu Nr. 3 N. 15—25. Insbs.: Kaufmann N. 15; Handwerk N. 16; Kleingewerbe N. 17; Handelsgesellschaften N. 18; Buchführung u. Verantwortlichkeit dafür N. 19—22; Rechtsprechung N. 23; Handelsbücher, Unterlassung der Führung N. 24, 25.

15) Die Frage, wer als Kaufmann anzusehen ist und gesetzlich Bücher zu führen hat, bestimmt sich nach demjenigen Ges., das die Kaufmannseigenschaft u. Buchführungspflicht regelt, d. h. nach dem HGB. v. 10. Mai 1897 (vgl. aber Binding Lb. 1 433 u. Rüd.-St. N. 4). Nach HGB. § 1 ist Kaufmann zunächst jeder, der ein Handelsgewerbe betreibt, und als Handelsgewerbe gilt nach Abs. 2 derselben Bestimmung jeder Gewerbebetrieb, der eine der in Nr. 1—9 bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat: „Kaufmann kraft Gesetzesvorschrift". Daneben gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 u. 2 nicht vorliegen, gemäß HGB. § 2 als Kaufmann, wer ein gewerbliches Unternehmen betreibt, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, sofern die Firma des Unternehmers, wozu aber eine gesetzl. Verpflichtung des Unternehmers vorliegt, in das Handelsregister eingetragen worden ist: „Kaufleute kraft zwangsweiser Eintragung im Handelsregister". Und endlich gestattet HGB. § 3 Abs. 2 einem Unternehmer, der Land- oder Forstwirtschaft betreibt, und insoweit nach § 3 Abs. 1 nicht dem HGB. untersteht, falls er mit seinem Hauptbetriebe als Nebengewerbe ein Unternehmen verbunden hat, auf das an sich die Vorschriften des § 1 o. § 2 zutreffen, für dieses Nebengewerbe seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen und erklärt ihn, sofern er von dieser Befugnis Gebrauch gemacht hat, für den Umfang dieses Nebengewerbes als Kaufmann: „Kaufmann kraft freiwilliger Eintragung im Handelsregister"; Cosack Handelsr. 4. Aufl. S. 33 f. Wegen der Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft im übrigen, insbs. was im einzelnen unter die in den §§ 1 u. 2 HGB. aufgeführten Gruppen zu rechnen ist, kann, da es sich insoweit wesentlich um Fragen des Handelsrechts handelt, hier nur auf die Kommentare zum HGB. und die Lehrbücher des Handelsrechts verwiesen werden. Zu vergleichen sind insbs. Staub §§ 1—7, Düringer-Hachenburg ebendas., sowie Cosack Handelsr. 6. Aufl. §§ 7—8 u. 10—14, Schirrmeister JHR. 48 418 f. u. 49 29 f.,

Beigel Das allg. D. Buchführungsrecht; vgl. auch Goldschmidt Syst. des Handelsr. § 23 f.; s. aber weiter N. 16—22 und über die Rechtsprechung des RG. N. 23.

16) Während HGB. § 38 nun an sich „jeden Kaufmann" für verpflichtet erklärt, Bücher zu führen, ergibt sich die Ausnahme von dieser Vorschrift aus HGB. § 4, der bestimmt, daß die Vorschriften des HGB. über die Handelsbücher „auf Handwerker, sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung" finden. Alle übrigen Kaufleute, die sog. Vollkaufleute, sind sonach buchführungspflichtig. Unter Handwerkern sind an sich sowohl diejenigen zu verstehen, deren Gewerbe die im HGB. § 1 Abs. 2 Nr. 1 bezeichneten Umsatzgeschäfte zum Gegenstande hat, die also ein Handelsgewerbe betreiben und Kaufmannseigenschaft besitzen, als auch diejenigen, deren Gewerbe gemäß HGB. § 1 Abs. 2 Nr. 2 u. 9 lediglich in der Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere, oder in den Geschäften der Druckereien besteht und die, weil ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks nicht hinausgeht, überhaupt nicht zu den Kaufleuten gehören. Für die zweite Gruppe der Handwerker (Maurer, Flickschneider, Näherinnen, Drucker 2c.) entbehrt die Bestimmung des HGB. § 4 der praktischen Bedeutung, da diese Handwerker, eben weil sie nicht Kaufleute sind, überhaupt nicht dem HGB. unterstehen und deshalb gar nicht fähig sind, „Handelsbücher" im gesetzl. Sinne zu führen (N. 14). Die erste Gruppe der Handwerker, zu der die Hauptzahl der Handwerksbetriebe gehört, aber ist nur auf Grund der positiven Bestimmung des HGB. § 4 von der Buchführungspflicht befreit. Ob die hierher zu rechnenden Handwerker, also dies., die Umsatzgeschäfte betreiben, nur selbst verarbeitete Waren umsetzen (wie meist die Bäcker, Fleischer, Tischler, Müller, Brauer), oder ob sie in Verbindung mit dem Handwerk aushilfsweise Handel mit fertigen Waren betreiben (wie häufig Friseure, Uhrmacher, Buchbinder, Schuhmacher, Konditoren), ist rechtlich ohne Bedeutung, nur darf im letzteren Falle der Ankauf u. Verkauf der fertigen Waren nicht den Hauptgegenstand des Gewerbes bilden, da dann der Gewerbetreibende insoweit überhaupt nicht mehr Handwerker, sondern nur Kaufmann ist; RG. IV 4. Nov. 84 R. 6 694, I 8. Feb. 83, III 24. Nov. 90, E. 8 147, 21 209; vgl. Düringer u. Hachenburg § 4 N. 1a. Im übrigen sind bezüglich beider Gruppen von Handwerkern zur Entscheidung der Frage, wann ein Gewerbetreibender als bloßer Handwerker anzusehen ist, und wann sein Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, feste Grundsätze vom Gesetzgeber nicht aufgestellt. Entscheidend für die Frage ist vor allem der Charakter des Betriebes selbst; Cosack Handelsr. S. 48. Umfang und Größe des Betriebes kommen für die Frage erst in zweiter Linie in Betracht, und ein seiner inneren Beschaffenheit nach handwerksmäßiger Betrieb wird dadurch nicht ohne weiteres zu einem über das Handwerk hinausgehenden, daß er in erheblichem Umfange geschieht und erhebliche Resultate liefert; RG. III 2. Juli 83 R. 5 488, IV 28. Feb. 93 E. 24 80, Düringer u. Hachenburg § 4 N. 11. Dem Handwerksbetrieb gegenüber steht (im allgemeinen) der Fabrikbetrieb. Das Maßgebende für die Abgrenzung des Handwerks vom Fabrikbetriebe ist also, ob das Gewerbe seiner inneren Natur nach den Charakter des Handwerks bewahrt hat, oder ob es darüber hinausgegangen ist; und entscheidend in dieser Richtung können bei der Entwickelung der Gewerbeverhältnisse im modernen Verkehr nicht mehr ohne weiteres die früher üblichen einzelnen Unterscheidungen sein, daß im Handwerk die Handarbeit und in der Fabrik das mechanische Element vorherrsche, oder daß beim Handwerk regelmäßig eine vollständige Herstellung der Erzeugnisse durch dieselbe Hand, bei der Fabrik Teilung der Arbeit unter verschiedene Arbeitsklassen stattfinde, daß bei Handwerk es um Bestellung im kleinen, bei der Fabrik um Herstellung im großen auf Vorrat sich handele, oder daß endlich bei dem Handwerk Mitarbeit des Meisters, bei der Fabrik nur Leitung der gesamten Arbeit durch den Fabrikherrn vorliege, — vielmehr kann nur nach der Gesamtheit der in dem Gewerbebetriebe bestehenden Geschäftseinrichtungen beurteilt werden, ob solche Momente u. charakteristische Merkmale vorhanden sind, die, wenn auch nicht einzeln, so doch in ihrem Zusammentreffen als Grundlage für die Annahme fabrikmäßigen Betriebs im Gegensatze zu bloß handwerksmäßigem Betriebe dienen können; RG. II 30. Dez. 02 E. 36 37. Als

solche Merkmale sind im übrigen anerkannt: Die Art und Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte, insbs. die Art der Hilfsmittel, die zur Herstellung benutzt werden (Maschinen oder Werkzeuge), der Grad der Ausnutzung der Arbeitsteilung, das Maß und die Beschaffenheit der Arbeitsleistung des Gewerbeunternehmers, die Beschaffenheit der Räumlichkeit der Anlage, die Größe der Einrichtung, die Qualität und Zahl der beschäftigten Arbeiter, die Anfertigung auf Bestellung oder auf Vorrat, für den Konsumenten oder für den Handel und ähnliche Verhältnisse. Festzuhalten ist aber stets, daß, um einen das Handwerk ausschließenden Fabrikbetrieb annehmen zu können, regelmäßig eine Reihe der angeführten Momente zusammenkommen muß; der bloße Gebrauch einzelner Maschinen, bloßes Nichtmitarbeiten des Meisters u. dgl. macht den Handwerksbetrieb noch nicht zu einem fabrikmäßigen; RG. I 12. Apr., III 2. Juli 83, II 20. Juni 84, IV 10. Nov. 85, 19. Feb. 86, II 18. Sept. 88, R. 5 233, 488, 6 447, 7 655, 8 127, 10 495, III 7. Apr. 80, I 15. Feb. 83, 18. Okt. 86, 2. Nov. 93, E. 1 379, 8 126, 14 424, 24 356, zit. E. 36 37. Vgl. im übrigen Düringer u. Hachenburg § 4 N. I, II, Staub § 4 N. 3. Liegt nach diesen Voraussetzungen ein Handwerksbetrieb vor, so ist der Handwerker, wie schon hervorgehoben, auch bei größerem Umsatz nicht verpflichtet, Handelsbücher zu führen; der Relativsatz in § 4, „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht“, ist auf das Wort „Handwerker“ nicht mit zu beziehen.

17) Außer den Handwerkern sind nach HGB. § 4 von der Buchführungspflicht befreit diejenigen „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht“. Welches die Voraussetzungen des Kleingewerbes sind, ist im Ges. nicht gesagt. Unbedenklich ist zunächst, daß nur Personen in Frage kommen, die nach Maßgabe des HGB. § 1 kraft ihres Gewerbes Kaufleute sind. Personen, die auf Grund der Vorschriften der §§ 2 o. 3 die Kaufmannseigenschaft erlangt haben, können nur Vollkaufleute sein, da die Anwendung des § 2 seiner inneren Natur nach immer einen Großbetrieb voraussetzt, und die Bedeutung der Zulässigkeit der Eintragung im § 3 offenbar dahin geht, daß, wenn der Landwirt von der Befugnis, die Kaufmannseigenschaft zu erwerben, Gebrauch macht, er damit auch alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns erwirbt, also Vollkaufmann wird; Düringer u. Hachenburg § 3 N. V, VI, Staub § 4 N. 7. Im übrigen ergibt sich aus einer vergleichenden Heranziehung des HGB. §§ 2 u. 3, daß man unter Kleingewerbe den Gegensatz zum Großbetrieb, also ein Gewerbe zu verstehen hat, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert; es ist also einerseits der Geschäftsumsatz, der Ertrag, die zu zahlende Gewerbesteuer, andererseits aber auch die ganze Art des Betriebs, seine äußere Einrichtung, die Zahl der Hilfskräfte, der Umfang und die Art des Wechselverkehrs, die Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu einem größeren Kreise von Lieferanten, Kunden oder Angestellten u. drgl. in Rücksicht zu ziehen; RG. I 8. März 00, IV 19. Jan. 01, II 13. Juni 02, E. 33 187, 34 101, 35 288; Berlin KG. 13. Mai 01 Jahrb. 22 A 276. In Betracht kommen namentlich auch Höker, Trödler, Hausierer, kleinere Gastwirte u. drgl. In Abs. 3 des § 4 sind die Landesregierungen für befugt erklärt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht, oder in Ermangelung solcher Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird. Sind solche Bestimmungen erlassen (wg. der Zuständigkeit in Preußen vgl. PrAGzHGB. v. 24. Sept. 99 Art. 1), was bisher aber in keinem Bundesstaate geschehen ist, so sind sie für die Frage, ob ein Betrieb als Kleingewerbe sich darstellt, auch für den Strafrichter allein maßgebend. Betreibt ein Kaufmann ein Nebengeschäft, so ist die Frage, ob er für dieses buchführungspflichtig ist, selbständig zu beurteilen. Darüber, daß die Bücher des Hauptgeschäftes unter allen Umständen auch den Einfluß des Nebengeschäfts auf die Vermögenslage des Kaufmanns zur Darstellung bringen müssen, s. unten N. 29 u. RG. III 1. Feb. 82, II 2. März 94, E. 5 407, 25 170.

18) In gleicher Weise wie die Einzelkaufleute unterliegen auch die juristischen Personen, die ein Handelsgewerbe betreiben, der Buchführungspflicht. Es gehören hierher vor allem die Handelsgesellschaften, d. h. die offenen Handelsgesellschaften, Kommandit-

gesellschaften, die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, außerdem die eingetragenen Genossenschaften, die keine Handelsgesellschaften sind, aber abgesehen von abweichenden gesetzl. Vorschriften im allg. als Kaufleute gelten. Diese Gesellschaften sind stets Vollkaufleute (HGB. § 6); Düringer u. Hachenburg § 6 N. I, II, Staub § 6 N. 1—3.

19) Beginn, Dauer und Ende der Buchführungspflicht richtet sich bei dem Einzelkaufmann im allg. nach Beginn, Dauer und Ende der Vollkaufmannseigenschaft; Düringer u. Hachenburg § 38 N. II, § 1 N. XV, § 2 N. IX, § 3 N. VII u. § 5 N. IV. Bei einem Handelsgewerbe aus HGB. § 1 Abs. 2 beginnt also die Buchführungspflicht mit dem tatsächlichen Beginn des Geschäftsbetriebes (wohin im allg. schon die Anschaffung der Waren, um sie weiter zu veräußern, zu rechnen ist; **RG.** III 13. Mai 95 E. **27** 226, IV 21. Okt. 90 G. **39** 46; s. auch KO. § 240 N. 17), bei einem Gewerbebetrieb gemäß HGB. §§ 2 u. 3 mit dem Zeitpunkt der Eintragung der Firma in das Handelsregister. Bei Handelsgesellschaften sind von ihrer Entstehung an, also spätestens von Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, Bücher zu führen; HGB. §§ 123, 162, 200, 320, GmbHG. (F. v. 20. Mai 98) § 11; **RG.** II 27. Nov. 96 E. **29** 222. Löst ein Einzelkaufmann sein Geschäft auf, so bleibt er für die Buchführung bis zur völligen Abwickelung der Geschäfte verantwortlich; so: **RG.** II 1. Apr. 81 E. **4** 41, Binding Lb. **1** 432; aM. Jäger N. 36. Bei der Liquidation einer Handelsgesellschaft geht die Buchführungspflicht auf die Liquidatoren über; Düringer u. Hachenburg § 38 N. II.

20) Verantwortlich für die Buchführung ist derjenige, dem die Führung „gesetzlich" oblag, d. h. nach HGB. § 38 der „Kaufmann" selbst. Bei dem Einzelkaufmann trifft danach die strafrechtl. Verantwortlichkeit allein den Inhaber des Handelsgewerbes. Ist dieser geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so soll nach Staub § 38 N. 3 sowie Düringer u. Hachenburg § 38 N. III 1 der gesetzliche Vertreter der strafgesetzlich Verantwortliche sein. Dieser Auffassung ist aber für die Frage der Strafbarkeit aus § 239 schon deshalb nicht beizutreten, weil der Vertreter nicht derjenige ist, der die Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Kverfahren eröffnet ist, und unter den im § 244 neben dem eigentlichen Schuldner als verantwortlich bezeichneten Personen der gesetzliche Vertreter einer physischen Person nicht mit aufgeführt ist. Vgl. KO. § 244 N. 2 u. **RG.** IV 2. Okt. 94, FS. 8. Sept. 03, E. **26** 93, **36** 357; ebenso Cosack Handelsr. 6. Aufl. S. 47. Treibt eine Ehefrau ein Handelsgewerbe, so ist sie die Inhaberin des Geschäfts und für die Buchführung verantwortlich; ist indessen das Geschäft lediglich zum Schein auf den Namen der Ehefrau eingetragen, wird es aber tatsächlich von dem Ehemann und auf seine Rechnung geführt, so liegt nur der Gebrauch einer falschen Firma vor; der eigentliche Geschäftsinhaber und für die Buchführung Verantwortliche bleibt der Ehemann; **RG.** I 12. Feb., IV 9. Nov. 94, 13. Okt. 96, E. **25** 121, **26** 187, **29** 103. Bei einem zu einem Nachlaß gehörigen Handelsgeschäft, das von einem Testamentsvollstrecker verwaltet wird (BGB. § 2209), fehlt es an einem für die Buchführung strafrechtlich Verantwortlichen, da der Testamentsvollstrecker nicht derj. Schuldner ist, zu dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist, dem Erben aber eine Einwirkung auf die Verwaltung entzogen ist, und KO. § 244 den Testamentsvollstrecker ebenfalls nicht nennt. AM. auch hier: Düringer u. Hachenburg § 38 N. III 1, Staub § 38 N. 3.

Bei der offenen HandelsG., der KommanditG. u. der KommanditG. auf Aktien sind die für die Buchführung strafrechtlich Verantwortlichen die persönlich haftenden Gesellschafter als solche u. zwar ohne Rücksicht auf eine zwischen ihnen vereinbarte Geschäftsverteilung (**RG.** IV 30. Apr. 86 R. 8 331), doch müssen die von der Geschäftsführung gemäß HGB. § 114 durch Vertrag Ausgeschlossenen als von solcher Verantwortung frei angesehen werden, da ihnen zwar ein Recht auf Einsicht der Handelsbücher, aber nicht die Möglichkeit, einen direkten Einfluß auf ihre richtige Führung auszuüben, zusteht; HGB. §§ 114, 118, 161, 320; so: **RG** III 10. Mai 83 R. **5** 359, Düringer u. Hachenburg § 38 N. III 2, Petersen-Kl. N. 31; aM. Staub § 38 N. 3. Wird ein Handelsgeschäft zwar tatsächlich durch mehrere, aber ohne gemeinschaftliche Firma betrieben, so ist, da eine solche Vereinigung eine offene

Handelsgesellsch. nicht darstellt, nur derj., der rechtlich u. nach außen hin erkennbar Inhaber des Geschäfts ist, zur Buchführung verpflichtet; **RG.** II 7. Juli 93 E. **24** 261. Wegen der Verantwortlichkeit des Teilhabers einer offenen Handelsgesellsch., der von einem bestimmten Zeitpunkt nur noch stiller Gesellschafter geblieben ist, vgl. **RG.** I 25. Jan. 86 E. **13** 309. Die Buchführungspflicht des persönlich haftenden Gesellschafters erstreckt sich aber nur auf das Gesellschaftsvermögen; hinsichtlich seines sonstigen privaten Vermögens ist er, falls hierfür nicht besondere gesetzliche Gründe vorliegen, nicht zur Buchführung verbunden; **RG.** I 9. Juni 84, III 7. Jan. 97, E. **11** 5, **29** 347. Bei der AktienG., der Gesellschaft m. b. H. u. der EG. trifft die Verantwortlichkeit für die Buchführung sämtliche Mitglieder des Vorstands u. sämtliche Geschäftsführer. Eine vertragsmäßige Beschränkung der Geschäftsführung würde als mit dem Gesetze in Widerspruch stehend nichtig sein; **RG.** VStS. 9. Jan. 86 E. **13** 235, Düringer u. Hachenburg § 38 N. III 3. Ebenso fällt bei Liquidation einer HandelsG. o. EG. die Buchführungspflicht u. die strafrechtliche Verantwortlichkeit für sie den sämtlichen Liquidatoren zur Last ohne Rücksicht auf die etwa vereinbarte Geschäftsverteilung.

Durch die Übertragung der Buchführung auf einen anderen: Buchhalter ꝛc. wird der Geschäftsinhaber von der Verantwortlichkeit an sich nicht befreit; auch Unfähigkeit zur Buchführung oder Unkenntnis der Pflicht oder der Regeln der Buchführung und Krankheit können an sich als Befreiungsgründe nicht angesehen werden; **RG.** III 17. Nov. 80, II 11. Dez. 85, R. 2 523, 7 730, III 17. Sept. 81 E. **4** 418; s. aber Binding Lb. **1** 433. Im übrigen vgl. hierzu KO. § 240 N. 21.

21) Ob ein Schuldner als Kaufmann anzusehen und zur Buchführung gesetzlich verpflichtet ist, hat der Strafrichter nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung selbst zu entscheiden. Die Eintragung in das Handelsregister ist für ihn von maßgebender Bedeutung nur insofern, als er in dem Falle des HGB. §§ 2, 3 Abs. 2 die Kaufmannseigenschaft nicht bejahen darf, wenn der Gewerbetreibende nicht in das Handelsregister eingetragen ist, da in diesen Fällen, um Kaufmannseigenschaft annehmen zu können, die Eintragung zu den sonstigen Voraussetzungen hinzukommen muß. Im übrigen kommt die Eintragung im Handelsregister für den Strafrichter nur als Beweismoment in Betracht; die im HGB. § 2 ausgesprochene Vermutung hat nur bürgerrechtliche, nicht strafrechtliche Bedeutung; **RG.** III 13. Nov. 05 G. **53** . Er kann also eine Kaufmannseigenschaft und ein Hinausgehen des Gewerbes über Handwerk und Kleingewerbe bejahen, auch wenn der Gewerbetreibende mit seiner Firma nicht in das Handelsregister eingetragen ist, und er kann umgekehrt trotz Eintragung im Handelsregister annehmen, daß der Betreffende kein Handelsgewerbe betreibe oder daß sein Gewerbe die Grenze des Handwerks oder Kleingewerbes nicht überschreite; vgl. Düringer u. Hachenburg § 5 N. IV.

22) Für die Frage der Kaufmannseigenschaft und Buchführungspflicht bleiben, soweit die Zeit bis zum Inkrafttreten des neuen HGB., also bis 1. Jan. 00 in Frage kommt, noch die Bestimmungen des alten HGB. von Bedeutung. Es ist insoweit auf Artt. 4 f., 10 u. 28 des alten HGB. zu verweisen, wonach „Höker, Trödler, Hausierer und drgl. Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe,“ ferner „Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes“ hinausging, von der Buchführungspflicht befreit waren unter Vorbehalt für die Landesgesetze, abändernde und ergänzende Bestimmungen zu treffen. Bei der immer geringer werdenden Bedeutung dieser Bestimmungen ist von einem näheren Eingehen auf sie hier abzusehen. Die wichtigeren zum alten HGB. ergangenen Entsch. des **RG.** sind in N. 23 mit aufgeführt.

23) Aus der umfangreichen Rechtsprechung des **RG.** sind besonders folgende Entscheidungen hervorzuheben; die vom **RG.** zum alten HGB. ausgesprochenen Rechtsgrundsätze sind für das neue Recht naturgemäß nur unter Berücksichtigung der durch das jetzige HGB. bedingten oben dargestellten Änderungen zu verwerten:

a) Die Ausbeutung von Steinlagern auf eigenem oder fremdem Grund und Boden und gewerbsm. Veräußerung der dort gewonnenen Steine stellt kein Handelsgewerbe dar; IV 28. Mai 95 E. **27** 263; ebensowenig ein Molkereibetrieb, bestehend in dem Absatz

selbst gewonnener Naturprodukte; IV 6. März 94 E. **26** 37; dsgl. nicht der Ankauf von Waldgrundstücken, auch wenn er zur kaufmännischen Verwertung des Holzbestandes geschieht; II 24. Feb. 88 R. **10** 189.

b) In dem Reinigen von Wäsche kann eine Bearbeitung derselben gefunden werden; eine Dampfwaschanstalt oder Anstalt zur chemischen Kleiderreinigung ist danach unter Umständen ein Geschäft, das Buchführungspflicht voraussetzt; IV 2. Okt. 91 E. **22** 271.

c) Ob ein Geschäft in das Firmenregister eingetragen ist, ist für die Frage der Verpflichtung zur Buchführung unerheblich; III 30. Apr. 81 E. **4** 120.

d) Die Unterscheidung, ob Fabrikbetrieb oder Handwerksbetrieb, ist nicht aus der Größe des Umsatzes herzuleiten, sondern liegt hauptsächlich in der Art des Betriebs; III 2. Juli 83 R. **5** 488, IV 28. Feb. 93 E. **24** 80; der Umstand, ob maschinelle Vorrichtungen benutzt sind, ist nicht ohne weiteres entscheidend; IV 19. Feb. 86 R. 8 127; ebensowenig sind die zur Herstellung von Absatzverbindungen unternommenen Geschäftsreisen für die Beurteilung der Frage von ausschlaggebender Bedeutung; I 12. Apr. 83 R. **5** 233.

e) Über Kaufmanns- und Vollkaufmannseigenschaft:

eines Agenten, der gewerbsmäßig Handelsgeschäfte vermittelt; III 30. Okt. 84 R. **6** 674; vgl. jetzt HGB. § 1 Nr. 7;

eines Apothekers; IV 28. Nov. 93 E. **24** 426;

eines Bäckers; I 2. Nov. 93 E. **24** 356;

eines Barbiers mit offenem Laden; IV 19. Jan. 01 E. **34** 101;

eines Brauers; zit. R. 5 488;

eines Brenners; II 28. Nov. 93 E. **25** 3;

bei Holzkäufen von Holz auf dem Stamme zum Zweck der Weiterveräußerung; zit. R. **10** 189;

eines Korkschneiders; I 12. Apr. 83 R. 5 233;

eines Kürschners, der daneben den Handel nicht nur mit Kürschnerwaren, sondern auch mit anderen Waren betreibt; IV 4. Nov. 84 R. **6** 694;

eines Maklers, der Vermittlungen von Grundstücks-An- und -Verkäufen betreibt; IV 1. Juni 94 E. **25** 395;

eines Malers, der Malerarbeiten für fremde und eigene Bauten, sowie für fremde Mobilien fertigt; II 13. Dez. 95 E. **28** 58;

eines Molkereibetriebs; zit. E. **26** 37;

eines Schlächtermeisters; II 14. Juni 98 E. **31** 178, III 24. Juni 89 G. **37** 293;

eines Schmiedemeisters, der Umsatzgeschäfte betreibt; IV 19. Feb. 86 R. 8 127;

eines Schneiders, der daneben mit selbstgefertigten u. fremden Fabrikaten handelt; III 17. Apr. 80, 24. Nov. 90, IV 28. Feb. 93, E. **1** 379, **21** 209, **24** 80, IV 11. Mai 97 G. **45** 265;

eines Uhrmachers, der neben dem Handwerksbetrieb Uhren feil hält; I 8. Feb. 83 E. **8** 147;

eines Wirts im allgemeinen u. eines solchen, der nebenbei ein Wein- u. Zigarrengeschäft betreibt; I 28. Feb. 81 E. **4** 281.

f) Ein Bauunternehmer ist zur Führung von Handelsbüchern nicht verpflichtet; IV 18. Jan. 89 E. **19** 363, ebensowenig ein Zimmermeister, der unter Beschaffung des erforderlichen Materials auf eigene Rechnung Dachstühle und Dielungen für fremde Bauten auf Bestellung ausführt; IV 26. Okt. 00 E. **33** 419; dagegen sind Bautischler, wenn sie die Materialien anschaffen, um sie als bewegliche Sachen weiter zu veräußern, Kaufleute; II 13. Dez. 95 G. **43** 399.

g) Über den Begriff von „dergleichen Handelsleuten von geringem Gewerbebetrieb" i. S. des alten HGB. Art. 10 sprechen namentlich sich aus: III 30. Apr. 81 E. **4** 120, IV 19. Jan. 92 E. **22** 309; über den Begriff des Hausierers, sowie wann ein Hausierhandel anzunehmen ist, falls ein Verkaufsgeschäft zugleich als Hausier- und Ladengeschäft betrieben

wird: II 17. Sept. 86 R. 8 541, I 30. Dez. 89, 8. Mai 90, IV 5. Apr. 98, E. 20 168, 387, 31 108; über den Begriff des Hökers: IV 2. Dez. 87 R. 9 690.

i) Die Verpflichtung zur Buchführung ist im Urteil festzustellen und zu begründen. Behauptet Angekl. nicht, daß einer der Ausnahmefälle des HGB. auf ihn Anwendung finde, so kann in der Feststellung, daß Angekl. seine Pflicht aus Art. 29 HGB. nicht erfüllt habe, zugleich eine genügende Begründung gefunden werden, daß er zu den Vollkaufleuten zu zählen sei; III 5. Juni 80 R. 2 32.

24) Unter „Handelsbüchern" i. S. des § 239 (u. auch des § 240 KO.) sind die Handelsbücher zu verstehen, die das HGB. in den §§ 38—44 im Auge hat. Ebenso wie die Frage, wer zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet ist, ist deshalb die weitere Frage, welche Bücher, und in welcher Weise diese zu führen sind, um als Handelsbücher gelten zu können, nach dem Handelsrecht, insbs. nach dem HGB., zu beurteilen; RG. II 9. Apr. 80 R. 1 562. Da das HGB. über Zahl u. Geltung der zu führenden Handelsbücher nichts bestimmt, ist die Frage, welche Bücher erforderlich sind, nach der Lage des einzelnen Falles insbs. nach Art u. Umfang des Geschäfts zu entscheiden. Der maßgebende Gesichtspunkt ist, daß die Handelsbücher bestimmt sind, wenn auch nicht für jedermann, so doch für jeden, der auf Buchführung sich versteht (RG. III 30. Apr. 81 E. 4 119), die Handelsgeschäfte u. die Lage des Vermögens ersichtlich zu machen, und daß deshalb nicht bloß eine allg. Aufzeichnung der Vermögensbestandteile u. der im Geschäftsbetriebe vorgekommenen Rechtsgeschäfte und Veränderungen, sondern eine feste kaufmännische Buchführung vorliegen muß, die den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung entspricht; Düringer u. Hachenburg N. IV, Staub § 38 N. 5, 6. Ein die formlose Führung von Handelsbüchern betreffender Handelsgebrauch kann keine Berücksichtigung finden; RG. I 16. Apr. 88 E. 17 301. Auch ein bestimmtes System der Buchführung ist im HGB. nicht vorgeschrieben; es genügt deshalb, daß das tatsächlich angewandte zu einem zuverlässigen Ergebnisse führt; RG. III 11. Jan. 94 E. 25 36. Über die verschiedenen Buchführungsarten vgl. Beigel Das allg. D. Buchführungsr., Düringer u. Hachenburg § 38 N. IV 3 u. Simon Die Bilanzen der Aktiengesellsch. S. 591. Bloße Notizbücher, die nur die Grundlage für die Eintragungen in die Handelsbücher bilden, ebenso Beibücher u. Kontobücher, die nur dazu dienen sollen, den Verkehr mit den Arbeitern o. mit einzelnen Kunden festzustellen u. zu kontrollieren, sind als Handelsbücher i. S. des HGB. nicht anzusehen; zit. RG. R. 1 562 u. III 14. Mai 81 R. 3 304, Staub § 38 N. 6; ebensowenig können lose Zettel, sog. fliegende Konten, die Führung von Büchern ersetzen; zit. RG. E. 17 302. Die Bestimmung des früheren HGB. Art. 28, wonach die Führung eines Kopierbuches obligatorisch war, ist im neuen HGB. (§ 38) durch die Vorschrift ersetzt, daß die Abschriften der abgesandten u. der empfangenen Handelsbriefe geordnet aufzubewahren sind.

Die Ziehung von Inventur und Bilanz bildet einen Teil der Buchführung (RG. III 17. Nov. 80 R. 2 523 (526), I 18. Feb. 85 E. 13 354); nach HGB. § 41 können beide in ein dazu bestimmtes Buch eingeschrieben, aber auch jedesmal besonders aufgestellt werden; im letzteren Falle sind sie in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren. Die Handelsbücher sind in einer lebenden Sprache u. den Schriftzeichen einer solchen aufzustellen (HGB. § 43). Das DepotG. v. 5. Juli 96 hat in §§ 1 Nr. 2, 13 allen Vollkaufleuten, denen im Betriebe eines Handelsgewerbes Wertpapiere unverschlossen zur Verwahrung oder als Pfand übergeben sind, zur Pflicht gemacht, ein Handelsbuch zu führen, in das die Wertpapiere einzutragen o. unter Bezugnahme auf Verzeichnisse zu vermerken sind. Die Führung eines solchen Handelsbuchs ist also gegebenenfalls obligatorisch. Dagegen ist das im HGB. § 100 für die Handelsmäkler vorgeschriebene Tagebuch (vgl. auch BörsG. v. 22. Juni 96 § 33) kein Handelsbuch, da es nicht zur Klarlegung der eigenen Verhältnisse des Mäklers, sondern der Geschäfte Dritter dienen soll; Düringer u. Hachenburg § 100 N. II, Jäger N 34, Staub § 100 N. 1.

25) Das „Unterlassen" der Führung von Handelsbüchern liegt nur dann vor, wenn Buchführung völlig unterlassen ist, also jede Buchführung fehlt; RG. IV 22. Juni 97 E. 30 170, Binding Lb. I 433. Das Fehlen einzelner ihrer Bestandteile, also insbs. ein-

zelner (auch der gesetzlich vorgeschriebenen) Bücher oder einzelner Buchführungsakte kann nur als unordentliche Buchführung in Betracht kommen, und deshalb den Tatbestand der Nr. 3 nicht begründen; so RG. IV 3. Okt., III 16. Okt. 84, E. 11 142, 161; aM. Stenglein RStrafnebengeſ. N. 25, der das teilweise Unterlassen der Buchführung dem gänzlichen Unterlassen gleichstellt.

Zu Nr. 4 N. 26—32. Insbs.: Täter N. 26; Vernichtung, Verheimlichung, unrichtige Führung und Veränderung der Handelsbücher N. 27—32.

26) Während in Nr. 3 die Unterlassung der Führung von Handelsbüchern nur insoweit unter Strafe gestellt ist, als den Schuldnern die Führung von Handelsbüchern „gesetzlich oblag", ist in Nr. 4 die Vernichtung, Verheimlichung, Veränderung oder unrichtige Führung von Handelsbüchern für strafbar erklärt, ohne Rücksicht auf eine solche gesetzliche Pflicht. Daraus folgt, daß für die Nr. 4 lediglich die Tatsache der Buchführung in Betracht kommt u. daß also Nr. 4 einmal auch auf Minderkaufleute, die zur Buchführung nicht verpflichtet sind, Anwendung finden kann, sofern sie nur tatsächlich Handelsbücher führen, sowie daß sie ferner auch für solche Handelsbücher der Vollkaufleute gilt, die zu einer ordnungsmäßigen Buchführung an sich gesetzlich nicht erforderlich sind. So: RG. II 6. Dez. 87 E. 16 426, insbs. 429 (gelegentlich), Binding Lb. 1 434, Fitting Reichskonkr. S. 508, Hälschner 2 411, v. Liszt S. 465, Merkel HH. 3 818 (wenigstens, soweit die von Minderkaufleuten geführten Handelsbücher in Frage kommen), H. Meyer S. 599, Neumeyer S. 168, Oppenh.-D. N. 58, 59, Petersen-Kl. N. 37, v. Sarwey-B. N. 8, v. Schwarze N. 18, Kleinfeller StRStrafnebengeſ. § 209 N. 2, v. Wilmowski N. 6, Reichart GS. 48 303 N. 19. Die abweichende Ansicht von Jäger N. 39, Rintelen Konkursr. § 4 S. 79, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 30, v. Völdernd orff 3 25 und auch wohl Schütze S. 495, daß die Worte „deren Führung ihnen gesetzlich oblag" bei Nr. 4 „zu ergänzen" seien (Jäger aO.), erscheint dem Wortlaut der Nr. 4 und der insoweit offenbar absichtlich abweichenden, sonst gleichartigen Bestimmung des § 240 Nr. 3 gegenüber nicht haltbar. Wenn Stenglein u. Jäger insbs. anführen, daß die von Minderkaufleuten geführten Bücher überhaupt keine Handelsbücher seien, so ist dies nicht als richtig anzuerkennen, da das HGB. die Minderkaufleute nur von gewissen Verpflichtungen der Vollkaufleute befreit, sie im übrigen aber als Kaufleute anerkennt, so daß auch die von ihnen tatsächlich geführten Bücher als kaufmännische Bücher, d. i. Handelsbücher anzusehen sind. Nur für Nichtkaufleute, die dem Begriff des Handelsbuchs nach allerdings überhaupt nicht Handelsbücher, sondern nur Geschäftsbücher führen können (N. 14), treffen die von Stenglein angestellten Erwägungen zu; auf sie, insbs. also auch auf solche Handwerker, die überhaupt nicht Kaufleute sind, kann die Vorschrift der Nr. 4 sich nicht erstrecken; Mot. S. 460.

27) Unter „Vernichtung" ist die völlige Beseitigung der Bücher, derart, daß sie als solche zu bestehen aufgehört haben, zu verstehen (vgl. StGB. §§ 125 N. 3b, 274 N. 4); RG. II 4. März 81 E. 3 370, I 3. Juli 82 R. 4 670. Hierher gehört somit insbs. die Zerstörung der ganzen Bücher oder ihres die Buchführung betreffenden Inhalts, während die Beseitigung oder Unkenntlichmachung einzelner Teile od. Einträge im allg. nur als Beschädigung o. Veränderung anzusehen ist und nur den Erfolg haben kann, daß dadurch die Übersicht des Vermögensstandes unmöglich gemacht, also der Tatbestand der letzten Alternative der Nr. 4 begründet wird; so: RG. II 2. Juli 95 G. 43 240, Jäger N. 37; aM.: Stenglein RStrafnebengeſ. N. 27 u. Kleinfeller das. 1. Aufl. § 209 IV N. 3a. Über „Verheimlichen" s. N. 8.

Das Zurückbehalten von Abschriften, selbst wenn diese mit der Urschrift übereinstimmen, steht der Annahme einer Vernichtung o. Verheimlichung der Handelsbücher nicht entgegen; so: RG. II 6. Dez. 87 E. 16 426, II 19. Sept. 02 G. 49 283; aM.: Reichart GS. 48 305, v. Sarwey-B. N. 8, Schmidt Bankbruch S. 148, zum Teil auch Petersen-Kl. N. 37. Ob das Delikt auch nach Ablauf der im HGB. § 44 festgesetzten 10jährigen Aufbewahrungsfrist begangen werden kann, ist streitig; es wird angenommen von Binding Lb. 1 434 N. 1, Oppenh.-D. N. 60, Petersen-Kl. N. 37, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 27, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 209 IV N. 3a, verneint von: Jäger N. 37, v. Völderndorff 3 25.

Die Frage ist zu bejahen, da die im HGB. ausgesprochene Aufbewahrungspflicht mit dem Tatbestande des B. an sich nichts zu tun hat u. die Vernichtung der Handelsbücher überhaupt so lange strafbar sein kann, als noch ein Interesse der Gläubiger an dem Vorhandensein der Handelsbücher besteht; **RG.** I 8. Dez. 84, IV 1. Apr. 92, E. **11** 386, **22** 436, I 10. Juni 86 R. 8 451.

28) Für die Strafbarkeit der Vernichtung o. Verheimlichung der Handelsbücher wird nicht vorausgesetzt, daß dadurch eine Vermögensübersicht unmöglich gemacht wird, vielmehr ist letzteres nur bei Veränderung u. unrichtiger Buchführung als Erfordernis hingestellt. So: Binding Lb. **1** 433, Kleinfeller St. RStrafnebenges. § 209 IV N. 3a „weil die Benachteiligungsabsicht der Handlung einen gefährlichen Charakter verleiht"; aM.: Stenglein RStrafnebenges. N. 25, 26, v. Wilmowski N. 6, Reichart GS. **48** 305 N. 24. Nach Nr. 4 kann danach auch die Vernichtung o. Verheimlichung einzelner Handelsbücher strafbar sein.

29) Strafbar ist ferner die unrichtige Führung oder Veränderung der Handelsbücher, wenn diese einen solchen Grad erreicht hat, daß dadurch eine Übersicht des Vermögenszustandes des Schuldners unmöglich gemacht wird. Da die Buchführung die Bedeutung hat, nicht bloß dem Schuldner, sondern insbs. dem Gläubiger die Möglichkeit zu gewähren, sich aus den Handelsbüchern Klarheit über den Vermögenszustand zu verschaffen, so muß zunächst gefordert werden, daß die Bücher selbst eine Übersicht u. zwar des Vermögenszustandes des Schuldners im einzelnen gewähren; v. Völdernborff **3** 26. Daraus folgt, daß es nicht genügt, wenn nur durch Hilfsmittel, die außerhalb der Buchführung liegen, wie sonstige Aufzeichnungen, Korrespondenzen eine Übersicht zu erlangen ist (**RG.** IV 15. Juni 86, I 16. Apr. 88, R. **8** 60, **10** 297), oder wenn nur der Schuldner eine Übersicht aus den Büchern gewinnen kann, sondern es muß jeder sachverständige Dritte imstande sein, eine solche Übersicht zu erlangen (**RG.** III 30. Apr. 81, I 18. Feb. 85, E. **4** 119, **13** 354), und es folgt weiter, daß die Bücher die ganze Vermögenslage des Schuldners ersehen lassen müssen. Betreibt ein Schuldner mehrere Geschäfte, so müssen deshalb die Bücher, auch wenn bezüglich eines dieser Geschäfte eine gesetzliche Buchführungspflicht nicht vorliegt (N. 17 aE.), doch jedenfalls den Einfluß des letzteren Geschäfts auf die gesamte Vermögenslage erkennen lassen (**RG.** III 1. Feb. 82, II 28. Nov. 83, E. **5** 407, **25** 3), und es muß aus den Büchern ferner sowohl der geschäftl. Verkehr des Schuldners außerhalb seines Handelsgewerbes, als auch sein ganzer Privatverbrauch (Haushaltungsausgaben 2c.) erkennbar sein; **RG.** III 14. Mai 81 R. **3** 304, Kleinfeller St. RStrafnebenges. § 209 IV N. 3c. Steht freilich die Tätigkeit, welche die Buchführungspflicht begründet, auch rechtlich mit dem sonstigen Vermögensstande des Schuldners, bezüglich dessen keine Buchführungspflicht vorliegt, in keinem Zusammenhange, so z.B. bei dem Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, der außerdem kein Handelsgewerbe betreibt, so wird dieses sonstige Vermögen des Schuldners von seiner Verpflichtung, als Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft Bücher zu führen, überhaupt nicht berührt; vgl. **RG.** III 7. Jan. 97 E. **29** 347. Im übrigen erstreckt die Pflicht zur ordnungsmäßigen Buchführung, wie Rehm Bilanzen der Aktiengesellschaften S. 897 f. zutreffend darlegt, sich nicht bloß auf die formelle Richtigkeit, sondern auch auf den materiellen Inhalt der Buchungen, derart, daß die Buchungen mit dem wahren Vermögenszustande des Schuldners übereinstimmen müssen. Daraus folgt, daß zur ordnungsmäßigen Buchführung auch die Angabe des wahren Werts der einzelnen Buchführungsposten, die richtige Bewertung der Aktiva u. Passiva gehört, u. daß es nicht genügt, wenn die Bucheintragungen nur den Buchungsunterlagen entsprechen, sondern daß die aus den Büchern sich ergebende Vermögenslage die wahre Vermögenslage des Schuldners darstellen muß. Es ergibt sich dies Erfordernis aus dem Wesen der Buchführungspflicht, die Vermögenslage des Schuldners in den Büchern ersichtlich zu machen. Unterbewertungen der Aktiva u. Überwertungen der Passiva werden allerdings für den Tatbestand des Bankerutts außer Betracht zu bleiben haben, aber nicht deshalb, weil sie an sich für zulässig zu erachten wären, sondern nur deshalb, weil durch solche Falschbuchungen das Interesse der Gläubigerschaft auch bei ZEinstellg. (KE.) nicht berührt werden kann; Rehm aO. 908, Neukamp ZStW. **48** 453 f.; vgl. auch: **RG.** I 18. Feb.

86 (nicht 85) E. 13 354, Binding Lb. 1 434, Petersen-Kl. N. 39. Wesentlich gl. Ansicht wie Rehm auch Weber GS. 62 362 (von Rehm zu Unrecht als abweichender Ansicht aufgeführt), der auch bei Übereinstimmung der Bucheintragungen mit den Buchungsunterlagen keine ordnungsmäßige Buchführung für vorliegend erachtet, falls die Buchungsunterlagen die reale Gestaltung des Vermögens des Schuldners nicht widerspiegeln; aM. v. Gordon DJZ. 7 379 f. Auch durch Buchung von Scheingeschäften kann deshalb das Delikt verwirklicht werden; Rehm aO. 904, Weber aO. 377.

30) Zu der Buchführung gehört die Verpflichtung zur Ziehung von Bilanzen u. Aufstellung eines Inventars (N. 24; RG. I 18. Feb. 85, 10. Jan. 87, E. 13 354, 15 174), so daß auch durch Veränderung o. unrichtige Führung dieser das Delikt der Nr. 4 begründet werden kann. Auch die Bilanz als Teil der Buchführung muß inhaltlich die wahre Vermögenslage wiedergeben; N. 29; im übrigen vgl. hierzu KO. § 240 N. 13—17.

31) Eine Übersicht über den Vermögenszustand gewähren die Bücher dann nicht, wenn es unmöglich ist, aus ihnen eine Übersicht zu gewinnen; dagegen genügt es nicht, wenn durch die unordentliche Buchführung die Erlangung eines Überblicks nur erschwert wird; RG. III 23. Okt., 30. Okt., 17. Nov. 80, R. 2 376, 417, 523. Auch durch materielle Unrichtigkeiten kann die Erlangung einer Übersicht unmöglich gemacht werden; vgl. das N. 29 zit. E. 13 354 u. zit. R. 2 523. Nach denselben Grundsätzen ist die Frage zu beantworten, inwieweit die Nichtführung eines einzelnen an sich erforderlichen Handelsbuchs unter die vorliegende Strafbestimmung fällt. Wesentlich ist auch hier, ob aus den übrigen Büchern noch ein Überblick über den gesamten Vermögensstand zu gewinnen ist, oder nicht; RG. IV 3. Okt., III 16. Okt. 84, E. 11 142, 161. Mängel u. Irrtümer können naturgemäß jederzeit berichtigt werden, doch müssen die Berichtigungen als solche aus den Büchern erkennbar sein (Kleinfeller StRStrafnebenges. § 209 IV N. 3 d), und maßgebend für die Möglichkeit der Gewinnung einer Vermögensübersicht ist regelmäßig der Zeitpunkt der ZEinstllg. o. KEröffng.; RG. II 27. Nov. 96 E. 29 222.

32) Aus der Rechtsprechung des RG. ist noch hervorzuheben: Auch durch Durchstreichungen u. Rasuren können unter Umständen die Handelsbücher zur Ermittlung des wahren Vermögensstandes gänzlich unbrauchbar gemacht werden; II 2. Juli 95 G. 43 240. Dasselbe kann eintreten schon durch die unterlassene Buchung eines einzelnen für die Vermögenslage einflußreichen Postens oder des Kontos eines Gläubigers; III 2. Apr., 14. Mai 81 R. 3 190, 304, IV 8. Jan. 97 E. 29 304; während andererseits der Umstand, daß für einzelne Vermögensobjekte kein Konto angelegt ist, einflußlos sein kann, wenn dieselben in dem Inventar u. den Bilanzen richtig aufgenommen sind; I 13. Juli 85 R. 7 492. Durch pflichtwidrige Unterlassung der Legung eines Inventars u. dadurch hervorgerufene Mängel der Bilanz kann ebenfalls die Unmöglichkeit der Gewinnung einer Vermögensübersicht herbeigeführt werden; IV 22. Juni 97 E. 30 170; andererseits steht der Umstand, daß vorschriftsmäßig Bilanzen gezogen sind, der Annahme nicht entgegen, es seien die Handelsbücher so unordentlich geführt, daß sie keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren; IV 12. Juni 00 G. 47 377.

Verhältnis der Bankerutthandlungen zur Zahlungseinstellung (KE.). N. 33.

33) Wie N. 5 hervorgehoben, ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den Bhdlgen des Schuldners u. der ZEinstellg. (KE.) nicht erforderlich; so die GM. Immerhin ist es notwendig, ja selbstverständlich, daß Bhdlgen und ZEinstllg. (KE.) in gewissen tatsächlichen Beziehungen zueinander stehen. „Die Bhdlgen müssen sich auf diejenige Vermögenslage beziehen, welche zur ZEinstllg. o. KEröffng. geführt hat, oder nachträglich hierzu führt"; Petersen-Kl. N. 7; oder, wie Meves G. 36 381 u. Schmidt Bankbruch S. 138 es ausdrücken: beide (ZEinstllg. u. Bhdlg.) müssen auf dieselben die ZEinstllg. bedingenden Tatsachen sich beziehen. Dieser Zusammenhang ist indessen lediglich ein äußerlicher, zeitlicher, den Tatbestand des einzelnen strafb. B. begrenzender; RG. II 1. Apr., III 17. Sept., I 21. Nov. 81, I 26. Juni 82, II 27. Nov. 96, E. 4 41, 418, 5 415, 7 391, 29 222, III 11. Jan., II 17. Jan. 82, II 6. März 88, R. 4 35, 48, 10 215, II 17. Dez. 01 G. 48 452. Es ergibt sich hieraus, daß es an sich für den Tatbestand des B. ohne Bedeutung ist, ob

die Hdlgen der ZEinstllg. vorausgehen oder ihr nachfolgen; RG. III 8./15. Okt. 83, I 8. Dez. 84, 21. Juni 86, E. 9 134, 11 386, 14 221. Insbs. kann aus dem Gebrauch des Perfektums (einerseits „Zahlungen eingestellt haben ... Kverfahren eröffnet worden ist", andererseits „Vermögensstücke verheimlicht ... haben" ꝛc.) nicht entnommen werden, daß die Hdlgen der ZEinstllg. vorausgehen müßten, da diese Worte nicht auf eine vor der ZEinstllg. (KE.) liegende Vergangenheit Bezug nehmen, sondern nur von der Vergangenheit überhaupt, welcher die Bestrafung nachfolgen soll, zu verstehen sind; RG. I 10. Juni 86 R. 8 451, zit. E. 9 134; vgl. auch KO. § 243 N. 4 und StGB. § 151 N. 3. Der Tatbestand ist sonach gegeben, wenn die vorher oder nachher vorgenommenen Einzelhdlgen auf eine bestimmte ZEinstllg. (KE.) sich beziehen. Daraus folgt aber weiter, daß der Tatbestand des B. entfällt, wenn eine solche Beziehung nicht vorliegt, wenn also z. B. die beiseite geschafften Vermögensstücke nicht aus dem Vermögen herrühren, das von den Gläubigern zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen werden kann; RG. III 29. Jan. 00 G. 47 158; oder wenn die Vernichtung der Bücher erst nach völliger Beendigung des K., ohne daß ein vermögensrechtliches Interesse der Gläubiger an dem Vorhandensein der Bücher ersichtlich wäre, vorgenommen wird; zitt. E. 5 415, 7 391, 9 134, R. 8 451; vgl. auch Jäger N. 22 u. Petersen-Kl. N. 37. Der durch unrichtige Buchführung eines Kaufmanns herbeigeführte Mangel der Übersicht über den Vermögenszustand muß danach auch zur Zeit der ZEinstllg. noch bestehen; es genügt an sich nicht, daß in irgendeinem der ZEinstllg. vorhergehenden Zeitpunkte zufolge unrichtiger Buchführung eine Übersicht gefehlt hat; RG I 21. Nov 81 E. 5 415. Ein in K. verfallender Kaufmann, der früher das Geschäft eines Vollkaufmanns betrieben, zur Zeit der KEröffng. aber seinen Geschäftsbetrieb so geändert hatte, daß er nicht mehr als Vollkaufmann anzusehen war, kann deshalb auch wegen etwa unterlassener Buchführung u. Bilanzziehung aus der Zeit seiner Vollkaufmannseigenschaft dann nicht mehr bestraft werden, wenn die von ihm bei dem Betriebe des zur Buchführung verpflichtenden Geschäfts eingegangenen Schuldverbindlichkeiten sämtlich abgewickelt waren, die KEröffng. also in keinem Zusammenhange mehr mit dem früheren Geschäfte steht; RG. I 22. Nov. 86, IV 18. Jan. 95, E. 15 64, 26 385. Ebenso ist ein ausgeschiedener, persönlich haftender Gesellschafter einer offenen Handelsgesellsch. für die vor seinem Ausscheiden begangenen Bankerutthdlgen nur dann noch verantwortlich, wenn die der späteren ZEinstllg. zugrunde liegenden Schulden aus seiner Geschäftszeit stammen; RG. III 21. Apr. 80 R. 1 628, II 24. Jan. 02 E. 35 83.

Subjektiver Tatbestand. N. 34.

34) Über den subjektiven Tatbestand sagt der § 239, daß die Hdlgen von den Schuldnern vorgenommen sein müssen „in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen". Daraus ergibt sich zunächst, daß nur vorsätzliche Begehung des Verbr. denkbar ist u. daß bloße Fahrlässigkeit niemals aus § 239 strafbar machen kann. Zum Tatbestande des §. in subjektiver Beziehung ist somit zunächst erforderlich, wie bei jedem vorsätzlichen Delikt, daß das Bewußtsein des Täters (das Wissen und Wollen) die sämtlichen Tatbestandsmerkmale des Delikts umfaßt; StGB. § 59 N. 16. Da ZEinstllg. u. KEröffng. nicht zu den Tatbestandsmerkmalen gehören, sondern lediglich objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind (N. 5, 33), so ist in Beziehung auf diese Momente eine Schuld nicht erforderlich, vielmehr braucht der Dolus des Täters nur auf die Hdlgen selbst sich zu erstrecken, und sonach auch zeitlich nur bei Vornahme dieser vorhanden zu sein; selbst eine Unzurechnungsfähigkeit des Täters i. S. des § 51 StGB. zur Zeit der ZEinstllg. o. KEröffng. würde deshalb strafrechtlich ohne Bedeutung sein; vgl. RG. III 26. März 00 G. 47 170 (btr. KO § 240).

Ein Irrtum des Täters kann nur nach den allg. Grundsätzen Beachtung finden, also nach der Praxis des RG. nur, wenn es um tatsächlichen oder diesem gleichstehenden Irrtum sich handelt; StGB. § 59 N. 30, 31. Irrt ein Kaufmann über seine gesetzliche Pflicht zur Buchführung (Nr. 3), so ist das ein Irrtum über das Strafgesetz, da die Bestimmungen des HGB. durch ihre Bezugnahme im Strafgesetz zu Zubehörteilen des letzteren gemacht sind; RG. III 17. Sept. 81, 1. Feb. 82, I 8. Feb. 83, E. 4 418, 5 407, 8 147, III 13. März,

5. Juni 80, 11., 28. Jan. 82, IV 19. Feb. 86, II 4. Juni 86, R. 1 467, 2 32, 4 35, 92, 8 127, 421; vgl. auch I 1., 8. März 00, E. 33 184, 187. Doch wird infolgedessen häufig tatsächlich eine Benachteiligungsabsicht auszuschließen sein. Dasselbe würde gelten bei Irrtum über die Notwendigkeit eines einzelnen Handelsbuchs. Bezüglich des Irrtums über Bestimmungen des HGB. gl. A. wie RG.: Oppenh.-D. N. 46, Rüd.-St. N. 7, Stenglein RStrafnebenges. N. 6₄ u. Kleinfeller das. 1. Aufl. § 209 III N. 4a. AM: Binding Lb. 1 433, Hälschner 2 410, Petersen-Kl. N. 32, v. Sarwey-B. N. 7, v. Völderndorff 3 23, Gerland KrVJSchr. 46 72, Beling Verbr. S. 159 N. 1. Was unter der im Ges. besonders hervorgehobenen Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, zu verstehen sei, ist bestritten; aus dem bloßen Wortlaut sind bei dem schwankenden Sprachgebrauch der Strafgesetze bezüglich des Worts „Absicht" (vgl. StGB. §§ 43 N. 25, 48 N. 110, 146 N. 4, 202 N. 2, 263 N. 49, 266 N. 12, 274 N. 7) irgend sichere Schlüsse nicht zu ziehen. Zu weit geht die Auffassung, welche „Absicht" für gleichbedeutend mit Beweggrund oder mit Endzweck erklärt. Es ergibt sich dies aus den Motiven des StGB., die besagen, die Benachteiligungsabsicht habe als allg. Erfordernis für alle Fälle des betrüglichen B. aufgestellt werden können, „weil selbst dies. Hdlgen, welche, wie das Beiseiteschaffen von Vermögensstücken oder die Anerkennung erdichteter Forderungen, häufig zunächst zum Zweck einer widerrechtlichen Bereicherung des Schuldigen oder eines bestimmten Dritten begangen werden, immer mit der bewußten Absicht verbunden sind, daß bestimmte Sachen oder Werte der Gesamtheit der Gläubiger entzogen werden sollen". Der Gesetzgeber bringt somit positiv zum Ausdruck, daß Absicht nicht gleichbedeutend mit Endabsicht sei. Unter „Absicht", die Gläubiger zu benachteiligen, wird danach, da andererseits das bloße Bewußtsein, daß die Hdlg. möglicherweise eine Schädigung der Gläubiger herbeiführen könne (Eventualdolus), dem Wortlaut des Ges. gegenüber jedenfalls nicht für ausreichend angesehen werden kann, vorliegend nichts anderes zu verstehen sein, als was sonst unter „Vorsatz" verstanden wird, nur daß hier noch eine über die Vollendung des Verbrechens hinausgehende Willensrichtung des Täters hinzukommen muß: das Bewußtsein des Täters, es werde aus seiner Handlung eine Schädigung seiner Gläubigerschaft entspringen, und die Aufnahme dieses Bewußtseins in seinen Willen; so Binding Lb. 1 430 (der Schuldner sage sich, daß die Hdlg. als Ursache für die Schädigung der Gläubigerschaft wirke), weiter mit Recht darauf hinweisend, daß durch den Wunsch oder die unbestimmte Hoffnung, es werde infolge fremder Hilfe zu einer Verletzung nicht kommen, der Verletzungsvorsatz nicht beseitigt werde. Ebenso ferner Gerland KrVJSchr. 46 70 u. im wesentlichen auch Merkel HH. 3 818, Cohn G. 41 215 u. Reichart GS. 48 309, während v. Liszt S 465, Neumeyer S. 170 u Weber GS. 65 76 Absicht als gleichbedeutend mit Zweck oder Beweggrund bezeichnen u. Stenglein RStrafnebenges. N. 14 sowie Petersen-Kl. N. 20 Eventualdolus für ausreichend halten. Jäger erklärt Aufl. 1 N. 22, unter der Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, sei „nichts anderes zu verstehen, als die betrügliche Absicht, seinen Vermögensstand zu verschleiern". Gegen diese Auffassung Binding Lb. 1 430 N. 6 u. Gerland aO.

Unter einer Benachteiligung ist zu verstehen, daß die Gläubiger nicht alles erhalten, worauf sie nach Lage der Sache ein Recht haben, daß also die Möglichkeit ihrer Befriedigung geringer wird, als sie ohne die Bhdlgen sein würde. In den Fällen der Nr. 1 u. 2 wird das den Gläubigern offenstehende Vermögen des Schuldners direkt oder indirekt vermindert (N. 8, 9); in den Fällen der Nr. 3 u. 4 wird die Vermögenslage des Schuldners verdunkelt u. dadurch eine entsprechende Befriedigung der Gläubiger gefährdet; vgl. Weber aO. 111 f. Auf eine Benachteiligung der Gläubiger nach diesen Richtungen muß deshalb die oben erörterte Absicht des Täters gehen. Die Benachteiligungsabsicht muß weiter gegen die Gesamtheit der Gläubiger („ihre Gläubiger") gerichtet sein. Geht die Absicht des Schuldners nur dahin, einen Gläubiger ungerechtfertigt zu begünstigen, so muß damit allerdings naturgemäß das Bewußtsein verbunden sein, daß die Folge dieser Handlung notwendig die Benachteiligung der übrigen Gläubiger ist, da diese alsdann eben nicht alles erhalten, worauf sie Anspruch haben. Da dieser Fall aber im Gesetz (KO. § 241) besonders behandelt ist, kann bei so gerichteter Absicht nach den

Grundsätzen der Gesetzeskonk. (§ 73 N. 12) nicht § 239, sondern nur die speziellere Bestimmung des § 241 (das. N. 9) zur Anwendung kommen. Nur dann, wenn die Absicht neben der Begünstigung eines Gläubigers und unabhängig hiervon zugleich auf Schädigung der übrigen geht, kommt Idealkonk. des § 239 mit § 241 (das. N. 12) in Frage; RG. II 17. März 82 E. 6 94. Daß eine Benachteiligung der Gläubiger tatsächlich eintritt, ist nicht notwendig, da ein solches Erfordernis im Gesetz nicht aufgestellt ist. Eine besondere gewinnsüchtige Absicht, insbs. die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, wird gleichfalls nicht erfordert. Ob der Dolus nach § 239 auch auf die Momente der ZEinstllg. u. KEröffng. sich zu erstrecken habe, wird in der Literatur je nach der verschiedenen Auffassung über die Bedeutung dieser Momente für den Tatbestand des B. verschieden beantwortet. Während v. Liszt S. 463, Merkel S. 333, H. Meyer S. 600, v. Schwarze Allg. Bemerk. S. 820 zu 3d u. § 209 N. 1 den hier vertretenen Standpunkt teilen, daß in bezug auf die ZEinstllg. u. KEröffng. eine Schuld überhaupt nicht erforderlich sei, oder doch davon ausgehen (Merkel aO.), daß solche Schuld vom Gesetz präsumiert werde, verlangen Oppenh.-O. N. 28, Kleinfeller StRStrafnebenges. § 209 I N. 4b, Neumeyer S. 171, Reichart GS. 48 311, daß der Täter das Bewußtsein einer bereits erfolgten oder bevorstehenden ZEinstllg. o. KEröffng. besitzen und im Hinblick auf eine solche gehandelt haben müsse. Das RG. hält ein Verschulden in bezug auf ZEinstllg. u. KEröffng. nicht für erforderlich; § 240 N. 20, 21.

Vollendung. Ort und Zeit der Begehung. Versuch. Verjährung. N. 35.

35) Sind ZEinstllg. u. KEröffng., wie hier angenommen, nicht Tatbestandsmerkmale, sondern lediglich zu der Bankerutthdlg. hinzutretende Umstände — Bedingungen der Strafbarkeit — (N. 5, 33), so kann diesen Umständen auch für die Vollendung des Delikts keine Bedeutung eingeräumt werden, vielmehr ist das Verbr. an sich mit Begehung der Bankerutthdlg. als vollendet anzusehen. Ort und Zeit der Begehung des betrüglichen B. bestimmen sich also nach Ort und Zeit der Begehung der Bankerutthdlg. ohne Rücksicht, wo und wann die ZEinstllg. o. KEröffng. erfolgt ist. Ist die Bhdlg. lediglich im Auslande verübt (sind z. B. Geld oder andere Vermögensstücke während einer Reise im Auslande beiseite geschafft), so ist auch der B. als im Auslande verübt anzusehen. Von einem strafbaren Versuch kann nur gesprochen werden, wenn die Strafbarkeitsbedingung (ZEinstllg. o. KEröffng.) eingetreten, die Bhdlg. aber nicht zur Vollendung gekommen ist. Im übrigen kann auch die versuchte Bankerutthdlg. sowohl vor wie nach der ZEinstllg. (KE.) begangen werden. Wird sie nach dieser verübt, so ist damit alsbaldige Strafbarkeit gegeben; wird sie vor solcher begangen, so ist ihre Strafbarkeit bedingt von dem Eintritt der ZEinstllg. (KE.). Kommt es zu diesen nicht, so entfällt jede Strafbarkeit. Bei einzelnen Bankerutthdlgen wird allerdings der Natur der Hdlg. nach ein Versuch überhaupt nicht denkbar sein. Vgl. Stenglein RStrafnebenges. N. 32, 33, der aber in Verneinung der Möglichkeit eines Versuchs viel zu weit geht. Rücktritt vom Versuch ist unter den allg. Voraussetzungen im Rahmen des § 46[1] StGB. möglich; für eine Anwendung der Nr. 2 ist kein Raum, da ein bestimmter Erfolg zur Vollendung des Verbr. nicht erforderlich ist, doch folgert Binding Lb. 1 435 aus der Natur des B. als eines bedingten Verbr. die Möglichkeit straflosen Rücktritts auch noch nach Vollendung der Bankerutthdlg.; im übrigen übereinstimmend mit der hier vorgetragenen Ansicht: Binding Lb. 1 428, 429, v. Liszt S. 193, 195, 206, 295, 463. Soweit ZEinstllg. u. KEröffng. als Tatbestandsmerkmale angesehen werden, sind die Fragen nach Vollendung, Zeit u. Ort der Begehung u. Möglichkeit eines Versuchs zum Teil abweichend zu beantworten. Eine Vollendung ist bei dieser Auffassung als vorliegend nur anzuerkennen, wenn beide Momente: ZEinstllg. o. KEröffng. auf der einen Seite u. Bhdlg. auf der anderen Seite zusammentreffen. So: RG. III 29. Sept. 80, I 21. Nov. 81, 26. Juni 82, II 20. Sept. 87, E. 2 340, 5 415, 7 391, 16 188, Berner S. 611, Hälschner 2 411, Merkel Lb. S. 332 u. HH. 3 820, Oppenh.-O. N. 31, Petersen-Kl. N. 5, Rüd.-St. N. 32, Stenglein RStrafnebenges. N. 31, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 209 I N. 3e, v. Wilmowski N. 1, Neumeyer S. 157, 172, Schmidt Bankbruch S. 139, Reichart GS. 48 314. Als Begehungsort gilt nach letzterer Ansicht,

sowohl der Ort, wo eine der Bhdlgen vorgenommen, wie der, wo die ZEinstllg. (KE.) erfolgt ist (zit. RG. E. 16 188), und ein Versuch muß nach dieser Auffassung auch dann für strafbar erachtet werden, wenn es gar nicht zur ZEinstllg. (KE.) gekommen ist; RG. I 9. Nov. 85 E. 13 41.

Wegen eines Wechsels der Gesetzgebung zwischen der begangenen Tat u. der Aburteilung vgl. Abschn. 24 N. 4 u. die dort zitt. Entsch. Da die in den Nr. 3 u. 4 in Bezug genommenen Bestimmungen des HGB. als Bestandteile des Strafges. anzusehen sind, enthält auch eine Änderung dieser Bestimmungen eine Änderung des Strafgesetzes selbst; StGB. § 2 N. 16. Vgl. ferner: RG. III 11. Juli 01 G. 48 365, Petersen-Kl. Buch 3 Vorbemerk. N. 7, sowie Silberschmidt u. Kohlrausch, ZStrW. 22 58 f. (64), 23 41 f. (49).

Eine Verjährung des Verbr. beginnt, wenn die Bhdlg. der ZEinstllg. (KE.) nachfolgt, mit der Bhdlg., wenn die ZEinstllg. später erfolgt, mit dieser. Allerdings ist im zweiten Falle die Tat als solche, wie hervorgehoben, schon mit Begehung der Bhdlg. als vollendet anzusehen. Da aber die Strafbarkeit des Begangenen erst mit der ZEinstllg. (KE.) beginnt, ist auch erst von diesem Zeitpunkt ab ein Strafverfolgungsanspruch entstanden und der Verjährung zugänglich (StGB. § 67 N. 10, 11 b); so auch Binding Lb. 1 430 N. 1 (daß bei bedingtem Verbr. die Verjährung erst mit Eintritt der Bedingung zu laufen beginne, solle kaum der Erwähnung bedürfen, werde aber trotzdem oft übersehen; vorher gebe es ja keine Strafklage); abweichend v. Liszt S. 195, 295, übereinstimmend aber S. 463 Nr. 3e; vgl. auch Beling Verbr. S. 69 zu IX.

Bezüglich der Verjährung stimmt die Ansicht derjenigen, die ZEinstllg. u. KEröffng. für Tatbestandsmerkmale halten u. die des RG. im Ergebnis mit der hier vertretenen Auffassung überein; RG. II 15. Feb. 81 E. 3 350, zit. E. 7 391, II 17. Jan. 82, III 10. Mai 83, R. 4 48, 5 359. Dagegen kommt Jäger N. 40—42, 51 seiner abweichenden Auffassung entsprechend zu dem Ergebnis, daß das Delikt stets nur vollendet sei mit der ZEinstllg. o. KEröffng., daß Begehungsort auch stets nur da sei, wo es zu diesen gekommen, daß die Verjährung unter allen Umständen mit der ZEinstllg. (KE.) beginne, und daß ein Versuch des Verbr. überhaupt nicht denkbar sei.

Teilnahme N. 36.

36) Bezüglich der Teilnahme am betrügl. B. gelten die allg. Grundsätze; v. Liszt S. 464, Oppenh.-D. N. 37, Stenglein RStrafnebenges. N. 34, v. Wilmowski N. 1, Neumeyer S. 180. Daß insbs. durch die Strafbestimmung des § 242 KO. die Annahme einer strafb. Beihilfe (StGB. § 49) nicht ausgeschlossen werden sollte, ergibt sich unzweideutig aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Während bei Beratung des dem § 242 KO. entsprechenden § 260 PrStGB. die Anwendbarkeit der allg. Bestimmungen über die Bestrafung des Gehilfen auf das Verbr. des B. nicht für unzweifelhaft gehalten wurde, weil „nur der Bankeruttierer allein wegen seines persönlichen Verhältnisses zu den Gläubigern sich des Verbrechens schuldig mache" und deshalb die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung in Abs. 3 des § 260 für nötig erachtet wurde, daß, wenn „der Täter im Einverständnis mit dem Gemeinschuldner gehandelt habe, die allgemeinen Vorschriften über Teilnahme zur Anwendung" zu kommen hätten (s. Beseler PrStrGB. N. zu § 260), wurde bei Beratung des RStGB. „die Anwendung der Vorschriften über die Teilnahme nach den allgemeinen Grundsätzen" für selbstverständlich und deshalb die Aufnahme einer dem Abs. 3 des § 260 entsprechenden Vorschrift für überflüssig erachtet (Mot. S. 134); RG. I 17. Jan. 84, IV 13 Jan. 91, E. 9 430, 21 291. Über das Verhältnis des § 242 zu der Beihilfe zum Verbr. aus § 239 s. § 242 N. 9.

Mittäterschaft (StGB. § 47) zweier Personen ist bedingt einerseits durch den Umstand, daß bezüglich beider ZEinstllg. o. KEröffng. vorliegt, andererseits durch eine — wenigstens teilweise — Gemeinsamkeit der Gläubigerschaft, deren Benachteiligung von beiden beabsichtigt wird; RG. II 30. Dez. 98 E. 31 407.

Auch für den Dolus des Anstifters (StGB. § 48 N. 14) oder Gehilfen (StGB. § 49 N. 16) gelten die allg. Grundsätze; er braucht nicht weiter zu reichen, als der des Täters und deshalb insbs. auch nur auf die Bankerutthdlg. als solche, nicht auf Herbei-

führung von ZEinstllg. o. KEröffng. sich zu erstrecken; vgl. aber KO. § 240 N. 25. Jäger N. 43 hält die Möglichkeit einer Teilnahme in jeder Form — aus demselben Grunde wie einen Versuch des B. — für ausgeschlossen.

Zusammentreffen mehrerer Handlungen N. 37.

37) Begeht ein Schuldner mit Bezug auf dieselbe ZEinstllg. o. KEröffng. mehrere Bhdlgen aus § 239, oder dieselbe Bhdlg. mehrmals, so kann doch niemals Realkonk. in Frage kommen, vielmehr liegt nur ein Verbr. des betrügl. B. vor. So im Ergebnisse übereinstimmend: RG. III 15. Nov. 79, II 22. Juni, III 29. Sept. 80, II 17. März 82, I 3. Nov. 84, II 20. Sept. 87, 22. Jan. 97, 18. Apr. 03, E. **1** 101, 2 198, 337, **6** 94, **11** 251, **16** 188 (190), **29** 344 (346), **36** 194, III 22. Jan., 5. Feb. 83, IV 26. Sept., 17. Okt. 84, II 16. Juni 85, 25. März 87, R. **5** 52, 86, **6** 570, 633, 7 399, **9** 197; Berner S. 610, Binding Lb. **1** 440, Hälschner **2** 413 f., v. Liszt S. 462, Merkel Lb. S. 333, H. Meyer S. 600, Jäger N. 45, Oppenh.-D. N. 33, Rüd.-St. N. 17, v. Sarwey-B. N. 11, v. Schwarze Allg. Bemerk. S. 820, Stenglein RStrafnebenges. N. 12, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 209 Vorbem. N. 6, v. Bölderndorff **3** Einl. § 4, v. Wilmowski N. 1₅; Meves G. **36** 391 f., Reichart GS. **48** 314, Schmidt Bankbruch S. 175; aM.: Merkel HH. **3** 821, Beling Verbr. S. 376, Neumeyer S. 178, die Realkonk. nicht für ausgeschlossen erachten. Für diejenigen, welche ZEinstllg. u. KEröffng. als Tatbestandsmerkmale des B. ansehen, folgt die Zurückweisung der Realkonk. ohne weiteres aus der Erwägung, daß ZEinstllg. u. KE. den Tatbestand in in der Weise begrenzen, daß erst durch das Zusammentreffen von Bankerutthdlgen mit jenen das Delikt vollendet wird, so daß die einzelne Bankhdlg. derselben ZEinstllg. (KE.) gegenüber „nur als Teile eines und desselben Tatbestands erscheinen und nur verschiedene Erscheinungsformen auf ein und derselben Grundlage bilden" (Schmidt aO. 177). Für die hier vertretene Auffassung, daß ZEinstllg. u. KEröffng. Strafbarkeitsbedingungen seien, ergibt sich aber die Annahme nur einer strafb. Hdlg. ebenfalls aus den § 73 N. 5 u. 21 b hervorgehobenen Gesichtspunkten. „Durch die einheitliche Bedingung der Strafbarkeit werden die sämtlichen vom Gemeinschuldner begangenen Einzelhdlgen zu einer juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt"; so v. Liszt S. 462; abweichend Beling aO. Beziehen die verschiedenen Bankhdlgen sich auf verschiedene ZEinstellungen (KEröffnungen) zB. KEröffng. über das Privatvermögen des Täters und KEröffng. über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, bei der der Täter als Gesellschafter beteiligt ist, so steht naturgemäß der Annahme einer Realkonk. nichts entgegen; RG. I 9. Juni 84 E. **11** 5.

Über Zusammentreffen des § 239 mit § 240 s. § 240 N. 26; über das Verhältnis zu § 241 oben N. 34 u. § 241 N. 12.

Verhältnis zu anderen strafb. Hdlgen; Strafe; Prozessuales; Zuständigkeit. N. 38—41.

38) Das Verhältnis des betrügl. B. zu anderen nicht in der KO. behandelten strafb. Hdlgen ist in der Praxis des RG. namentlich in Frage gekommen:

a. bei StGB. § 288; es ist hier Idealkonk. denkbar; IV 31. Jan. 90 E. **20** 214 (btr. Idealkonk. zwischen KO. § 241 u. StGB. § 288) und

b. bei DepotG. v. 5. Juli 1896 §§ 10, 11; nach IV 27. März 01 E. **34** 238 liegt Handlungseinheit vor; vgl. Stenglein RStrafnebenges. N. 2 zu § 10 des zit. G.;

c. zu erwähnen ist endlich, daß in der KEröffng. eine Beschlagnahme des Vermögens des Schuldners liegt, welche die Anwendung des StGB. § 137 gestattet (II 6. Juli 86 R. 8 519), sowie daß Sachen, die durch das Delikt des betrügl. B. beiseite geschafft sind, als „mittels einer strafb. Hdlg. erlangte Sachen" anzusehen sind, die den Gegenstand einer Hehlerei (StGB. § 259) bilden können; III 15. Jan. 94 E. **25** 34.

39) Die ordentliche Strafe des betrügl. B. ist „Zuchthaus", also gemäß StGB. § 14 Zuchth. von 1—15 J.; bei mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 f.) ist die Strafe Gef. von 3 Mt.—5 J. Nebenstrafen können gemäß StGB. §§ 32, 35 erkannt werden. Versuch wird nach StGB. §§ 44 Abs. 4, 45 bestraft.

Die Strafverfolgung verjährt nach StGB. § 67 in 15 J. Über den Beginn der Verjährung s. N. 35. Wegen der Einheitlichkeit des strafb. B. wird die Verjährung der

Strafverfolgung wegen betrügl. B. bei derselben ZEinstllg. (KE.) auch durch richterliche Handlungen unterbrochen, die zunächst auf den Verdacht eines einf. B. sich beziehen, u. dasselbe gilt für den umgekehrten Fall; RG. II 22. Jan. 97 E. **29** 344.

40) In prozessualer Beziehung folgt aus der Annahme, daß mehrere Bankerutthdlgen mit Bezug auf dieselbe ZEinstllg. (KE.) nur eine Straftat bilden, daß, falls im Laufe des Hauptverfahrens noch weitere im Eröffnungsbeschluß nicht vorgesehene Bankerutthdlgen sich ergeben, der erkennende Richter gemäß StPO. § 263 berechtigt und verpflichtet ist, diese mit zum Gegenstande der Aburteilung zu machen, und daß hinsichtlich dieser nicht etwa die Vorschrift des § 265 StPO. Platz greift; RG. I 3. Nov. 84 E. **11** 251. Das ergehende Urteil ergreift die gesamten auf dieselbe ZEinstllg. (KE.) sich beziehenden Bankerutthdlgen, mögen sie in dem Strafverfahren auch nicht zur Erörterung gekommen, vielleicht erst demnächst überhaupt bekannt geworden sein. Einer späteren Verfolgung solcher, auch nicht besonders erörterten, Bankerutthdlgen würde der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehen; RG. III 22. Jan. 83 R. **5** 52. Wegen der gegebenenfalls notwendigen Hinweisung auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes gemäß StPO. § 264, die im schwurgerichtl. Verfahren schon in Stellung einer entsprechenden Frage liegt, vgl. RG. I 10. Juni 80, II 1. März 81, IV 23. Jan. 91, E. **2** 92, **3** 417, **21** 387 u. zit. E. **11** 251. Die Annahme unordentlicher Buchführung an Stelle der im Eröffnungsbeschl. angenommenen Unterlassung der Buchführung oder die Annahme einer ZEinstllg. an Stelle der dem EröffBeschl. zugrunde gelegten KEröffng. macht einen Hinweis nicht erforderlich; RG zit. E. **3** 417, II 29. Mai 03 E. **36** 266.

41) Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

Die Fragestellung hat dahin zu lauten: „Ist der Angeklagte, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, schuldig, usw.", nicht dahin: „Ist der Angekl. schuldig, seine Zahlungen eingestellt zu haben usw."; so: RG. FS. 7. Sept. 80 R. **2** 207, III 20. Dez. 93 E. **24** 433, s. auch III 15. Jan. 81 E. **3** 250; aM. Jäger N. 50, zum Teil abweichend auch v. Wilmowski N. 1₇. Stehen mehrere Bhdlgen in Frage, so können sie wegen der rechtlichen Handlungseinheit der verschiedenen Hdlgen sämtlich in eine Frage zusammengefaßt werden, und es ist unzulässig, eine Frage nach Realkonk. der verschiedenen Bhdlgen zu stellen; RG. zit. R. **2** 207, II 25. März 87 R. **9** 197. Aus demselben Grunde kann nur eine Frage wegen mild. Umst. gestellt werden, da diese nur einheitlich bejaht oder verneint werden kann; vgl. RG. II 8. Nov. 81, 30. März 86, E **5** 155, **14** 8, IV 7. Feb. 88 R. **10** 158, auch IV 27. März 01 E. **34** 238 (241) und Löwe-H. § 297 N. 4c. Eine Fassung der Frage: „Angeklagter, welcher seine Zahlungen eingestellt hat und über dessen Vermögen das KonkVerfahren eröffnet ist" statt „oder über dessen Vermögen", ist nicht korrekt, kann aber niemals dem Angekl., sondern (im Fall der Verneinung der ganzen Frage) nur der StAschaft einen Beschwerdegrund abgeben, und ebenso ist die Fortlassung der Worte „ganz oder teilweise" beim Verbr. aus § 239³ zwar an sich nicht zu billigen, braucht aber nicht unter allen Umständen zur Aufhebung des Urteils zu führen; zit. RG. E. **24** 433. Eine alternative Feststellung, daß die Bücher zu führen unterlassen, oder verheimlicht oder vernichtet seien, ist zulässig; RG. IV 2. Nov. 00 G. **47** 443, II 18. Apr. 03 E. **36** 194.

KO. § 240.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniß bestraft, wenn sie

1. durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind;
2. in der Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, Waaren oder Werthpapiere auf Kredit entnommen und diese Gegenstände erheblich unter dem Werthe in einer den Anforderungen einer

ordnungsmäßigen Wirthschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst weggegeben haben;

3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, daß sie keine Uebersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder

4. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

Neben der Gefängnißstrafe kann in den Fällen der Nr. 1, 2 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu sechstausend Mark erkannt werden.

PrStGB. § 261. RStGB. § 283. Entw. § 210. Mot. S. 549 ff. KO. 1877 § 210. Entw. zum G. v. 17. Mai 1898 Art. I No. 56, Begr. dazu S. 57 ff. Komm.Ber. Drucksache 1897/98 No. 237 S. 55 ff. StB. 1897/98 S. 1017 ff., 1995 ff., 2083.

Vgl. KO. § 244, G. btr. d. Gesellschaften mit beschränkter Haftung (F. v. 20. Mai 1898) § 83_1 sowie G. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 § 112.

Tatbestand im allgemeinen. Täter. N. 1, 2.

1) Über Begriff und Wesen des einfachen Bankerutts gilt im allgemeinen das zum Begriff des betrügl. B. Bemerkte (KO. § 239 N. 1). Der Gesetzgeber faßt betrüglichen u. einfachen B. lediglich „als Unterarten oder Teile des rechtswidrigen Verhaltens des falliten Schuldners gegenüber seiner Gläubigerschaft;“ Binding Lb. 1 425. Der wesentlichste Unterschied des einf. B. von dem betrügl. liegt in der Gestaltung des subjektiven Tatbestands, der beim einf. B. eine Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht erfordert. Bezüglich der näheren Konstruktion und dogmatischen Begründung des einf. B. kann auch hier nur auf die Lehrbücher und die sonstige Literatur verwiesen werden: Berner S. 606, Binding Lb. 1 425 ff., 435 ff., Hälschner 2 398 f., 414, v. Liszt S. 460 f., Merkel S. 333, Meyer S. 597 f., Schütze S. 496, sowie besonders auf die § 239 N. 1 zitt. Schriften von Neumeyer,

Reichart, Schmidt, Cohn, Meves u. Kleinfeller. Über die Änderungen der Fassung des § 240 gegenüber dem früheren § 210 s. Abschn. 24 N. 3.

2) Der Tatbestand des einf. B. ist nach der KKO. in objektiver Beziehung wie beim betrügl. B. gegeben, wenn ein Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist, eine der unter Nr. 1—4 des § 240 aufgeführten Hdlgen begangen hat. Täter kann demnach an sich auch hier jeder Schuldner sein, doch ergibt sich auch für den § 240 aus dem Inhalt der Bestimmungen der Nr. 3 u. 4 (wie bei § 239 Nr. 3 u. 4), daß der B. in dieser Form nur von Kaufleuten verübt werden kann. Im übrigen ist aus § 239 zu vergleichen: zum Begriff des Schuldners N. 2, 6; der ZEinstllg. N. 3 u. 6, der KEröffng. N. 4 u. btr. der Bedeutung der ZE. u. KE. für den Tatbestand N. 5 u. 33; die dort entwickelten Grundsätze gelten gleichmäßig für den betrüglichen wie für den einf. B. Insbs. bilden auch bei diesem ZE. u. KE. keine Teile des deliktischen Tatbestands, sondern lediglich Voraussetzungen für die Strafbarkeit der in § 240 aufgeführten Einzelhdlgen, und auch beim einf. B. ist deshalb keinerlei ursächlicher, sondern nur ein zeitlicher Zusammenhang zwischen ZEinstllg. (KE.) einerseits u. den Bankerutthdlgen andererseits erforderlich; auch hier braucht endlich der Wille des Täters die Herbeiführung der ZE. oder KE. nicht mitzuumfassen. Vgl. die § 239 N. 3 zitt. **RG.** E. **4** 41, 418, **5** 415, **7** 391, **29** 222, R. **10** 215 u. E. **9** 134, **11** 386 u. **14** 221. Die Ansicht von Neumeyer S. 136 u. Jäger § 240 N. 3, daß die ZEinstllg. beim einf. B. stets auf wirklicher Zahlungsunfähigkeit beruhen müsse, findet im Gesetz keine Stütze.

Bankerutthandlungen N. 3—18. Insbs. zu Nr. 1 N. 3—6. Aufwand N. 3. Spiel u. Wette N. 4. Differenzhandel N. 5. Übermäßigkeit N. 6.

3) Die Bankerutthdlgen, die den Tatbestand des einf. B. ausmachen, sind in § 240 Nr. 1—4, wie die Fälle des betrügl. B. in § 239 (N. 7 das.), erschöpfend aufgeführt, so daß eine ausdehnende Anwendung auf ähnliche Fälle ausgeschlossen ist. Die Nr. 1 stellt unter Strafe den Verbrauch oder das Schuldigwerden übermäßiger Summen durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren.

Unter Aufwand i. S. des Gesetzes ist zu verstehen jede „unnütze, in ihrer Größe weder durch Zweck, noch durch die Vermögensverhältnisse gerechtfertigte Aufwendung"; Binding Lb. **1** 436. Es fallen darunter zunächst die Aufwendungen des Schuldners für seine Person u. seinen Haushalt. Ob seine Aufwendungen in dieser Beziehung das Maß des Notwendigen u. Üblichen überschreiten u. somit als übertriebene u. als Aufwand i. S. des Gesetzes anzusehen sind (vgl. § 1459 T. II Tit. 20 ALR.: „der die Notdurften u. gemeine Bequemlichkeiten des Lebens übersteigende Aufwand"), ist im wesentlichen nach den gesamten Vermögens- u. Einkommensverhältnissen des Schuldners zu beurteilen (**RG.** II 25. Feb. 87 E. **15** 309), und es zählen hierzu nicht nur die eigenen Aufwendungen des Schuldners, sondern auch die seiner Familie und seines Haus- und Geschäfts-Personals, da der Schuldner die Verpflichtung hat, diese auf die Unterlassung unnötiger Aufwendungen zu kontrollieren, und somit für deren Aufwand verantwortlich bleibt, wenn er nicht alle zu Gebote stehenden Mittel angewendet hat, solchen zu verhindern; **RG.** IV 27. Mai 84 R. **6** 383, zit. E. **15** 309 (314), IV 27. Mai 98 E. **31** 151. Zum Aufwande sind aber ferner auch die Ausgaben des Schuldners für Geschäft oder für sonstige Interessen zu rechnen; **RG.** I 5. Okt. 82, III 2. Juli 87, E. **7** 90, **16** 238 (240), zit. R. **6** 383, III 22. Sept. 90 G. **38** 351. Dagegen können Handelsspekulationen, die der Kaufmann in dem gewöhnlichen Betriebe seines Geschäfts vornimmt, auch wenn sie einen unglücklichen Ausgang genommen haben (und selbst wenn ihr Erfolg vom Zufall abhängig war), nicht hierunter begriffen werden; zit. **RG.** E. **16** 238. Derartige „Handelsoperationen, welche auf bloßen Zufall berechnet waren", unter die btr. Strafbestimmung aufzunehmen, war bereits bei Beratung des Entwurfs zu § 262 des PrStGB. abgelehnt; Goltd. Mat. **2** 600. Daß der Aufwand durch fortgesetzte übertriebene Aufwendungen hervorgerufen wird, ist nicht erforderlich, vielmehr kann schon ein einmaliger übermäßiger Aufwand (ebenso ein einmaliges hohes

Spiel, ein einmaliger Differenzhandel im großen Umfange) zur Erfüllung des Tatbestandes genügen; RG. I 21. Juni 86 E. **14** 221, II 6. März 88 R. **10** 215. Die Beweggründe, die den Schuldner zu dem übertriebenen Aufwand veranlaßt haben, sind für den Tatbestand ohne Belang. Auch wenn die Ausgaben für an sich berechtigte Interessen, wie Erziehung oder Pflege von Familienangehörigen, oder für geschäftliche Zwecke (wie Ladenmiete oder Geschäftsreisen) oder zur Erhaltung des Kredits gemacht sind, kann daraus ein Einwand gegen die Unverhältnismäßigkeit der Aufwendung nicht entnommen werden; RG. IV 24. Juni 84 R. **6** 470, III 7. Jan. 97 E. **29** 347; noch weniger ist erforderlich, daß die Ausgaben in einer Neigung des Schuldners zum Wohlleben oder Prunk, oder in Genußsucht ihren Ursprung haben; RG. II 25. Feb. 87 E. **15** 309.

4) Unter Spiel und Wette ist das im bürgerlichen Recht als Spiel- und Wettvertrag bezeichnete Geschäft zu verstehen; RG. III 13./20. Dez. 86 E. **15** 277. Das BGB. bestimmt den Begriff des Spiels u. der Wette nicht (BGB. §§ 762—764); vgl. StGB. § 284 N. 1. Nach Wissenschaft u. Praxis ist im allgem. zu verstehen unter Spiel der Vertrag, „bei dem die Parteien Gewinn u. Verlust unter entgegengesetzten Bedingungen vereinbaren, um durch Zufall Gewinn zu erzielen, oder sich die Zeit zu vertreiben" (Planck BGB. Tit. 17 N. 1; vgl. auch zit. RG. E. **15** 277), unter Wette der Vertrag, „bei dem die Parteien zur Bekräftigung bestimmter Behauptungen sich gegenseitig verpflichten, daß demjenigen, dessen Behauptung sich als richtig erweist, von dem andern eine bestimmte Leistung gemacht werden soll" (Planck aO.), wobei übrigens zu bemerken ist, daß beide Begriffe sich nicht notwendig ausschließen, sondern daß sie ineinander übergehen können. Die Einfügung der Wette in die Strafnorm des § 240 ist durch die Novelle v. 17. Mai 1898 erfolgt, und zwar, wie es in der Begründung (S. 58) heißt, „einem praktischen Bedürfnis entsprechend", da die Wette „auch sonst — zu vgl. z. B. § 762 BGB. — dem Spiel gleichgestellt" sei. Durch diese Einschaltung der Wette ist die früher streitige Frage, ob und inwieweit ohnedies die Wette unter dem Spiel i. S. der Nr. 1 des § 240 mitzuverstehen sei (RG. II 7. Juli 82 E. 7 21), gegenstandslos geworden. Der Begriff Spiel i. S. der Nr. 1 umfaßt jedes Spiel, also nicht nur die gewöhnlichen Kartenspiele, Würfelspiele und eigentlichen Glücksspiele, sondern den Umständen nach auch Geschicklichkeitsspiele; Binding Lb. **1** 436. Ob das Spiel als solches erlaubt ist, oder unter irgendeine Strafbestimmung fällt (z. B. §§ 284, 360[14] StGB.), ist für den Tatbestand ohne Bedeutung, da das Gesetz eine Unterscheidung nach dieser Richtung nicht macht. Hat der Schuldner übermäßige Summen verloren, oder ist er solche schuldig geworden, so wird der Tatbestand dadurch nicht beseitigt, daß er etwa bei späteren Spielen Gewinn macht; RG. III 5. Apr. 86 E. **14** 80 (86) btr. Differenzhandel. Auch das Spielen in der Lotterie ist hierher zu rechnen; RG. IV 30. Apr. 95 E. **27** 180 (vgl. BGB. § 763); dagegen hat das RG. mit Recht verneint, daß auch das sog. Börsenspiel, d. h. gewagte Unternehmungen mit Börsenpapieren, unter den Begriff des Spiels fallen, weil die Worte „mit Waren- oder Börsenpapieren" grammatikalisch nur auf das Wort „Differenzhandel" zu beziehen sind und unter Spiel nur der echte Spielvertrag verstanden werden kann; zit. RG. E. **15** 277. Solche Geschäfte sind also gegebenenfalls nur unter dem Gesichtspunkt des Differenzhandels strafbar; s. auch N. 3. AM. Merkel HH. **3** 825 und anscheinend auch Oppenh.-D. § 240 N. 6. Ebensowenig wird endlich bereits durch die Beschaffung des zum Spiele erforderlichen Geldes der Tatbestand verwirklicht; RG. II 20. Sept. 87 E. **16** 188.

5) Auch der Begriff des „Differenzhandels mit Waren und Börsenpapieren" bestimmt sich lediglich nach dem bürgerlichen Recht; es ist also im Anschluß an BGB. § 764 darunter zu verstehen ein auf Lieferung der genannten Gegenstände lautender Vertrag, der in der Absicht geschlossen ist, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise u. dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll. Dabei sind als Differenzgeschäfte nicht nur solche Geschäfte anzusehen, bei denen der Anspruch auf wirkliche Lieferung im Vertrage ausdrücklich ausgeschlossen ist, sondern gemäß BGB. § 764 auch solche, bei denen nur „die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Teil

aber diese Absicht kennt oder kennen muß" (BGB. § 122²), d. h. Geschäfte, bei denen aus den gesamten Umständen (der Natur des Geschäfts, der Berufsstellung, den Vermögensverhältnissen der Vertragschließenden usw.) die Absicht eines Differenzgeschäftes sich ergibt; RG. II 31. März 80, III 13./20. Dez. 86, II 22. Mai 91, E. 1 282, 15 277, 22 12; III 10. Apr. 80, 25. Mai 82, R. 1 563, 4 516; IV 28. Okt. 92, 22. Sept. 93, G. 40 319, 41 281. Ja i. S. des § 240 wird ein Differenzhandel sogar schon dann anzunehmen sein, wenn nur derjenige, der nachher seine Zahlungen eingestellt hat, es schon bei Abschluß des btr. Geschäfts lediglich auf die Zahlung der Differenz am Lieferungstage abgesehen hatte, selbst wenn diese Absicht dem anderen Kontrahenten nicht erkennbar war; zitt. RG. R. 1 563, 4 516; vgl. auch I ZS. 8. Okt. 02 EZS. 52 250. War die Absicht der Kontrahenten ernstlich auf wirkliche Lieferung gerichtet, so scheidet der Begriff des Differenzhandels aus, selbst wenn bei Erfüllung Zahlung der Differenz an Stelle der Lieferung trat, oder auch das Lieferungsgeschäft lediglich auf unsolider Spekulation beruhte; aM. Schmidt Bankbruch S. 166, der auch die letzteren Geschäfte zu den Differenzgeschäften rechnen will; vgl. auch Meyer und Jakobson Differenzgesch. u. Konkursr. DJZ. 8 268 u. 520. Wird aber ein anfänglich ernstlich gemeintes Lieferungsgeschäft später in ein Differenzgeschäft umgewandelt, so steht nichts entgegen, dieses neue Geschäft der Strafbestimmung des § 240 zu unterstellen; Reichart GS. 48 244 N. 8, Kleinfeller StRStrafnebenges. KO. § 210 I N. 3a. Aus dem Ausdruck Differenzhandel ist nicht zu folgern, daß notwendig eine Mehrheit von Geschäften vorliegen müsse (N. 3), vielmehr ist es gleichgültig, ob der Verbrauch der übermäßigen Summen aus einem einzigen oder aus einer Reihe von Differenzgeschäften herrührt; nur um auch den ersteren Fall zu treffen, ist augenscheinlich der allgemeine Ausdruck Differenzhandel gewählt worden; RG. III 5. Apr. 86 E. 14 80 (85), Merkel HH. 3 825. Prolongationen des ursprünglichen Geschäfts stellen sich als ebensoviele selbständige, rechtlich und tatsächlich in sich abgeschlossene, Rechtsgeschäfte dar, wie Prolongationen vorliegen; zit. RG. E. 14 80. Ob die Differenzgeschäfte nach dem geltenden Zivilrecht klagbar waren (vgl. BGB. §§ 764, 762), ist für die Frage der Strafbarkeit ohne Bedeutung; so: RG. II 22. Mai 91 E. 22 12, v. Wilmowski N. 3, v. Sarwey-B. N. 2, Petersen-Kl. N. 50; aM. Wolff KO. N. 3a. Die Frage des übermäßigen Verbrauchs ist bei einer Mehrheit von Differenzgeschäften nicht nach dem Gesamtergebnisse, sondern, wie beim Spiel (N. 4), für jedes Differenzgeschäft zu beurteilen, eine Aufrechnung späterer Verluste durch frühere Gewinne oder umgekehrt, ist strafrechtlich nicht denkbar; so zit. E. 14 80; aM. Reichart GS. 48 245 u. teilweise Jäger N. 16. Strafbar ist gegebenenfalls nur der Differenzhandel mit Waren, d. h. Sachen, die den Gegenstand des Handels bilden, und Börsenpapieren (BGB. § 764: Wertpapieren), d. h. solchen Wertpapieren, die zum Börsenhandel zugelassen sind (BörsG. v. 22. Juni 1896 § 36; Petersen-Kl. N. 50). Handelsspekulationen, deren Erfolg lediglich vom Zufall abhängt, sind weder als Aufwand noch als Spiel aufzufassen (N. 3 u. 4); aber auch als Differenzhandel können sie nur betrachtet werden, wenn dessen besondere Voraussetzungen vorliegen. Vom RG. III 7. Feb. 98 E. 31 7 ist die Strafbestimmung der Nr. 1 auch für anwendbar erklärt auf den Kommissionär, der in eigenem Namen für fremde Rechnung Differenzhandel mit Börsenpapieren betrieben hat.

6) Gemeinschaftliche Voraussetzung der Strafbarkeit des Verbrauchs durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren ist, daß der Schuldner dadurch übermäßige Summen verbraucht hat oder schuldig geworden ist. Der Begriff des Übermäßigen (s. auch N. 3) ist ein relativer; er bestimmt sich vorzugsweise nach dem Verhältnis der Gesamtvermögenslage des Schuldners zu dem Verlust z. Z. der Bankerutthandlung; RG. I 5. Okt. 82, III 5. Apr. 86, II 25. Feb. 87, E. 7 90, 14 80 (87), 15 309, IV 24. Juni 84 R. 6 470. Auf die soziale Stellung des Schuldners ist nur beschränkte Rücksicht zu nehmen, da, „wenn auch ein Fabrikant oder Kaufmann, falls sein Auskommen nicht ausreicht, deshalb noch nicht wie ein Tagelöhner zu leben braucht" (zit. RG. R. 6 470, insbs. 472), doch niemals Ausgaben statthaft erscheinen, welche die Gefahr eines weiteren Vermögensverfalls mit sich bringen. Maßgebend für die Frage der Verhältnismäßigkeit ist auch nicht sowohl das Einkommen, als vielmehr vor-

zugsweise das Vermögen des Schuldners; beruht das Einkommen nur auf — vielleicht schwankendem u. vorübergehendem — Geschäftsgewinn oder sonstigen unsicheren Einnahmen, so können Ausgaben als übermäßig erscheinen, die nicht zu beanstanden sein würden, wenn die Einnahmen aus fundiertem sicheren Vermögen herrührten. Dem Verbrauch d. i. der Verausgabung übermäßiger Summen ist das Schuldigwerden d. i. die Belastung des Vermögens mit Schulden gleichgestellt. Ob letztere klagbar sind, ist ohne Bedeutung; RG. II 22. Mai 91 E. **22** 12 u. R. 5. Daß es um fortgesetzten Verbrauch sich handele, ist nicht erforderlich; N. 3—5; aus dem Gebrauch des Plurals „übermäßige Summen" ist in dieser Beziehung nichts zu schließen; der Ausdruck erklärt sich daraus, daß er sowohl auf den Aufwand, als auf Spiel, Wette und Differenzhandel sich bezieht; RG. I 26. Jan. 86 E. **14** 221, II 6. März 68 R. **10** 215. Rühren die übermäßigen Ausgaben nicht aus demj. Vermögen her, auf das die ZEinstllg. oder KEröffng. sich bezieht, also etwa aus den zu dem besonderen Zweck bestimmten freiwilligen Zuwendungen Dritter, so liegt eine strafb. Bankerutthdlg. nicht vor; KO. § 239 N. 33. Prozessual ist vom RG. beim Mangel besonderer Einwendungen eine besondere Feststellung, welche einzelne Ausgabe als übermäßig anzusehen sei, nicht für erforderlich erklärt; zitt. R. **6** 470, **10** 215, E. **14** 80. Daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Verbrauch übermäßiger Summen und ZEinstllg. o. KEröffng. nicht gefordert werden kann, s. § 239 N. 5; zit. R. **10** 215.

Zu Nr. 2. N. 7—11.

7) Die Bankerutthandlung der Nr. 2 ist durch die Novelle v. 17. Mai 1898 eingeführt und soll nach der Begründung (S. 58) eine Handlungsweise treffen, „durch welche zahlungsunfähige Schuldner ihren Gläubigern nicht selten schweren Vermögensschaden zufügen, ohne daß es im einzelnen Falle möglich ist, die Vorschriften des StGB. über Betrug zur Anwendung zu bringen". Eine ähnliche Bestimmung fand sich bereits in § 261 Nr. 4 PrStGB.; vgl. Hahn StGB. f. d. Pr. Staaten § 261 Nr. 4 N. 837. Die Bestimmung geht namentlich bezüglich des subjektiven Tatbestands erheblich über den Rahmen des sonstigen einf. B. hinaus (N. 23) und ist überhaupt nicht glücklich gefaßt; s. Kritik bei Binding Lb. **1** 437. Als Täter können nach der Allgemeinheit der Fassung sowohl Kaufleute wie Nichtkaufleute in Betracht kommen, doch wird die Bestimmung tatsächlich im wesentlichen nur bei Personen, die ein Handelsgewerbe betreiben, Anwendung finden.

8) Die Vorschrift der Nr. 2 erfordert in objektiver Beziehung zunächst die Entnahme von Waren oder Wertpapieren gegen Kredit. Vorausgesetzt wird also Erwerb durch gegenseitigen Vertrag (BGB. § 320), bei dem der Schuldner die von ihm geschuldete Leistung nicht bewirkt hat. Über den Begriff der Waren s. N. 5. Unter Wertpapieren, deren Begriff das BGB. nicht bestimmt, sind zu verstehen auf Geld oder andere vertretbare Sachen lautende Urkunden über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde bedingt ist; Dernburg Bürgerl. Recht **2** § 17 S. 45, Brunner in Endemann Handbuch des Handelsr. **2** 140 f., Crome System des Bürg. Rs. **1** 294. Zu den Wertpapieren i. S. der Nr. 2 sind sämtliche Papiere dieser Art zu rechnen, also gleichgültig, ob es um Namenpapiere (Rekta- oder Orderpapiere), inhaberpapierähnliche Namenpapiere oder eigentliche Inhaberpapiere sich handelt.

9) Die Weiterveräußerung muß erfolgt sein einmal erheblich unter dem Wert und zweitens (kumulativ) in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechenden Weise. Maßgebend für die Beurteilung der Wertdifferenz ist der Zeitpunkt der Weiterveräußerung. Ob der Unterschied zwischen dem Wert zu diesem Zeitpunkt (also nicht dem Anschaffungspreis) und dem Verkaufspreis ein erheblicher ist, kann wesentlich nur nach Lage des einzelnen Falls entschieden werden. Unter dem „Wert" der Wertpapiere ist der wirkliche Wert, nicht etwa der Nennwert zu verstehen. Das zweite Erfordernis, daß die Veräußerung in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (vgl. BGB. §§ 586, 1036, 2049) widersprechenden Weise erfolgt sei, wird regelmäßig, da das ganze Geschäft, wie Binding Lb. **1** 437 mit Recht hervorhebt, „von Anfang an als ein stark wirtschaftswidriges gedacht und ausgeführt" ist, von selbst als gegeben anzunehmen sein; immerhin sind Fälle denkbar, in denen die Strafbarkeit ent-

fällt, so namentlich, wie der Kommissionsbericht (S. 53) hervorhebt, wenn der Schuldner die angekauften großen Warenvorräte „bei sinkendem Preise wieder unter dem Einkaufspreise [richtiger: zeitigen Werte] verkauft, um weiteren Schaden zu verhüten". In solchem Falle wird seine Handlungsweise eine wirtschaftswidrige nicht genannt werden können, und es ist deshalb, da der Grund der Strafvorschrift die Verhütung eines wirtschaftswidrigen Verhaltens, nicht die Beschränkung des Schuldners in seiner Verfügungsfähigkeit ist, der alleinige Verkauf unter Wert zur Erfüllung des Tatbestands nicht genügend. Dem Veräußern der Ware ist deren „sonstiges Weggeben" gleichgestellt. Man wird hierunter, wenn man nicht mit Binding Lb. 1 437 u. Petersen-Kl. N. 52 den Worten im wesentlichen jede Bedeutung abspricht (ein Weggeben, das keine Veräußerung sei, lasse sich nicht denken), nur die unentgeltliche Weggabe verstehen können, die unter Umständen auch zum Zwecke der Hinausschiebung des Konkurses, insbs. um ein energisches Einschreiten von Gläubigern zu verhindern, erfolgen kann. Allerdings liegt in solchem Falle eine eigentliche Weggabe unter Wert nicht vor, indessen schließt die unentgeltliche Weggabe als eine Fortgabe ohne jeden Ersatz das Weggeben unter Wert jedenfalls in sich.

10) Da die Veräußerung erfolgt sein muß in der Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, kann die Bankerutthdlg. nur vor der KEröffng. begangen werden, dagegen ist sie sowohl vor wie nach der ZEinstellg. begehbar. Zu einer KEröffng. braucht es überhaupt nicht gekommen zu sein. Über den subjektiven Tatbestand s. N. 23.

11) Enthält die Anschaffungshdlg. zugleich die Tatbestandsmerkmale des Betrugs, so liegt Idealkonk. mit Bankerutt vor; so Binding Lb. 1 437; aM. Jäger N. 19, der Realkonk. annimmt.

Zu Nr. 3 und 4 N. 12—18. Unordentliche Buchführung N. 12. Bilanzziehung N. 13—16. Zeitpunkt der Bilanzziehung N. 17. Unterlassung N. 18.

12) Die in Nr. 3 und 4 bezeichneten Bankerutthdlgen betreffen Verstöße gegen die gesetzliche Buchführungs- u. Bilanzziehungspflicht. Täter i. S. beider Bestimmungen können sonach, da überall dort, aber auch nur dort, wo Buchführungspflicht vorliegt, auch die Verpflichtung zur Bilanzziehung besteht (HGB. §§ 38 ff.), nur Vollkaufleute sein. Der Begriff des Kaufmanns und Vollkaufmanns, sowie die Ausnahmen, die das HGB. bezüglich der Buchführungspflicht für Handwerker und Kleingewerbtreibende festsetzt, sind zu § 239 KO. erörtert. Es ist deshalb insoweit und wer als der zur Bilanzziehung Verpflichtete anzusehen ist, lediglich auf N. 6, 14—23 das. zu verweisen. Ebenso ist aus § 239 zu vergleichen: zu dem Begriff der Handelsbücher N. 24, zum Begriff der Unterlassung der Buchführung N. 25, der Verheimlichung N. 8, der Vernichtung N. 27, 28, der Führung der Handelsbücher derart, daß die Bücher keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren, N. 29—32.

Hinsichtlich der unordentlichen Buchführung weicht der Wortlaut der Nr. 3 § 240 von dem der Nr. 4 des § 239 insofern ab, als der § 240 besagt: „Handelsbücher . . . so unordentlich geführt haben, daß sie keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren", während es im § 239 heißt: „Handelsbücher so geführt oder verändert haben", daß sie 2c. Ein sachlicher Unterschied wird hierdurch hinsichtlich des objektiven Tatbestands nicht begründet (vgl. v. Völderndorff 3 33), vielmehr ist durch die Fassung des § 240 nur zugleich auf die subjektive Seite (N. 20) des Vergehens hingedeutet; so: Jäger N. 26, Oppenh.-D. N. 15, Rehm Bilanzen der Aktgesellsch. S. 897. AM. anscheinend Weber GS. 62 368. In objektiver Beziehung ist das Wesentliche für beide Fälle nur, daß es infolge der Art der Buchführung unmöglich ist, eine Übersicht über den Vermögenszustand zu gewinnen. Unbedenklich ist, daß die Vorschrift der Nr. 3 in ihrem ganzen Umfange, also auch in der Alternative „oder dieselben verheimlicht, vernichtet 2c. zu haben" nur auf diejenigen Handelsbücher sich bezieht, deren Führung dem Schuldner gesetzlich oblag; Hälschner 2 416, Oppenh.-D. N. 11, Petersen-Kl. N. 53; vgl. § 239 N. 26.

13) Die Pflicht des Kaufmanns zur Bilanzziehung (über Natur und Charakter des Bilanzrechts im allg. vgl. Rehm Die Bilanzen der Aktges., insbs. §§ 18—23) bildet einen

Teil der Buchführungspflicht; § 239 N. 24, 30; **RG.** III 17. Nov. 80 **R. 2** 523 (526), I 18. Feb. 85, 10. Jan. 87, E. **13** 354, **15** 174, II 27. März 00 **G. 47** 171; sie ist geregelt in HGB. §§ 39 ff. Danach hat der Kaufmann zunächst bei Beginn seines Handelsgewerbes ein Verzeichnis seiner sämtlichen Vermögensstücke — Grundstücke, Forderungen und Schulden, seines baren Geldes und seiner sonstigen Vermögensgegenstände — mit Wertangabe aufzustellen (Eröffnungsinventur), sowie einen das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen (Eröffnungsbilanz); § 39 Abs. 1. Demnächst hat er für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres in gleicher Weise Inventar und Bilanz anzufertigen; § 39 Abs. 2. Nur für den Fall, daß der Kaufmann ein Warenlager hat, bei dem nach der Beschaffenheit des Geschäfts die Aufnahme des Inventars nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, genügt es, wenn sie alle zwei Jahre erfolgt; die Verpflichtung zur jährlichen Aufstellung einer Bilanz wird hierdurch aber, wie jetzt im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen ist, nicht berührt; § 39 Abs. 3. Das Inventar u. die Bilanz muß das gesamte Vermögen des Kaufmanns umfassen, bezieht sich aber andererseits auch nur auf das *eigene* Vermögen des Kaufmanns. Das eingebrachte Vermögen der Ehefrau gehört trotz des Nutznießungsrechts des Mannes nicht zum Vermögen des Mannes, sondern der Frau; umgekehrt ist das gütergemeinschaftliche Vermögen in diesem Sinne Vermögen des Mannes und nicht der Frau, und zwar selbst dann nicht, wenn es nach gesetzlicher Bestimmung dem Gläubiger der Frau haftet; Staub § 39 N. 1. Bei der fortgesetzten GG. gilt das Gesamtgut als Vermögen des die GG. fortsetzenden Ehegatten, nicht der Abkömmlinge; Düringer u. Hachenburg § 39 N. 1, Jäger § 2 und Noten dazu. Der Einzelkaufmann hat nicht nur das im Geschäft steckende, sondern auch sein Privatvermögen zu verzeichnen; **RG.** III 7. März 87 E. **16** 55. Auch die Bilanz muß, wie die ganze Buchführung, nicht bloß äußerlich korrekt geführt sein, sondern sie muß, um als ordnungsmäßig gelten zu können, auch *inhaltlich* die *wahre* Vermögenslage des Schuldners wiedergeben; das Nähere vgl. KO. § 239 N. 29, 30. Bezüglich der Bewertung der einzelnen Vermögensstücke in dem Inventar und der Bilanz bestimmt HGB. § 40, daß alle Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Werte anzusetzen sind, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, an dem die Aufstellung stattfindet (N. 17). Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werte anzusetzen, unbeibringliche Forderungen abzuschreiben. Weitere Einzelheiten (Aufführung der einzelnen Posten nach den Namen der Schuldner oder Gläubiger oder Rechtsgrund der Forderungen oder Schulden) brauchen in die Bilanz nicht aufgenommen zu werden; es genügt eine summarische Zusammen- u. Gegenüberstellung der Aktiva u. Passiva; **RG.** II 27. März 00 G. **47** 171.

Die Bestimmung, daß das Inventar unter Umständen nur alle zwei Jahre gefertigt zu werden braucht, bezieht sich *lediglich* auf das *Warenlager*. Die Inventarisierung aller übrigen Vermögensstücke muß alljährlich erfolgen. Bei der in dem Zwischenjahr zu ziehenden Bilanz ist das vorigjährige Inventar mit den aus den Büchern sich ergebenden Änderungen zugrunde zu legen. Kaufmännische Gebräuche können den Bestimmungen des HGB. gegenüber nicht in Betracht kommen; **RG.** IV 28. Sept. 97 G. **45** 364.

14) Über die Aufstellung der Bilanzen der Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sind, namentlich auch bezüglich der Bestimmung des Wertansatzes, in HGB. §§ 260, 261, 320, 325, 334, GmbHG. (F. v. 20. Mai 1898), PrivVUntG. v. 12. Mai 1901 § 36 f. zum Teil abweichende Bestimmungen getroffen; vgl. Cosack Handelsr. §§ 118 f., 123 VIII, 122 VIII u. 131 VII, sowie im allgemeinen Rehm Die Bilanzen der Aktgesellsch. und das gleichnamige Werk von Simon. Über die Frage, ob die Jahresbilanz bei Aktiengesellschaften zum Ausdruck bringen muß, daß das Grundkapital der Gesellschaft voll, oder nur zu einem Teilbetrage eingezahlt ist, s. **RG.** III 20. Sept. 94 E. **26** 104 u. über Bilanzziehung bei Erwerbsgenossenschaften, insbs. die Grundsätze über Bewertung der Vermögensgegenstände, **RG.** III 2. März 05 E. **38** 1.

15) In formeller Beziehung ist wegen der Bilanz nur vorgeschrieben, daß sie in Reichswährung aufzustellen ist und daß Inventar u. Bilanz von dem Kaufmann zu unterzeichnen sind. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so haben sie alle zu

unterzeichnen (§ 41). Die Unterzeichnung muß persönlich erfolgen. Fehlt die Unterzeichnung, so wird dadurch der Bilanz der Charakter einer solchen noch nicht ohne weiteres entzogen; RG. BStS. 20. Juni 83 E. 8 424; vgl. III 30. Okt. 80, II 14. Juni 81, III 21. Juni 82, R. 2 417, 3 403, 4 592, I 5. Okt. 82 E. 7 87, 2. Okt. 93 G. 41 379.

16) Die Verpflichtung zur Ziehung einer Eröffnungsbilanz besteht, auch wenn der Kaufmann sein Geschäft ohne eigenes Vermögen beginnt; es ist dann dieser Umstand dem HGB. § 39 gemäß buchmäßig festzustellen; RG. III 12. Apr. 82 R. 4 316, III 22. Sept. 90 G. 38 351; dies gilt insbs. auch für den Beginn des Handelsbetriebes einer offenen Handelsgesellschaft; RG. IV 21. Okt. 90 G. 39 46; ebensowenig kann die Eröffnungsbilanz durch die bei Beginn des Handelsgewerbes erfolgte Eintragung des Einlagekapitals in die Handelsbücher ersetzt werden; RG. IV 5. Apr. 92 E. 22 439. Erwirbt ein Kaufmann ein bereits bestehendes Geschäft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Erbgang, so ist er ebenfalls zur Ziehung einer Eröffnungsbilanz verpflichtet, selbst ohne Rücksicht, ob er etwa an dem von ihm erworbenen, bis dahin von einer offenen Handelsgesellschaft betriebenen Geschäft als Gesellschafter beteiligt war, so wie gleichgültig, ob er die bisherige Firma beibehält oder eine neue wählt; RG. III 7. März 87, IV 23. Nov. 94, II 9. Juni 96, E. 16 55, 26 222, 28 428, III 26. Sept. 87, IV 4. Okt. 95, G. 35 312, 43 387. Hat ein früherer Gemeinschuldner nach beendigtem KVerfahren ein dem früheren gleiches Geschäft eröffnet, so hängt die Beantwortung der Frage, ob er für das letztere eine Eröffnungsbilanz zu ziehen hat, davon ab, ob das Geschäft als ein neu begonnenes anzusehen ist, oder ob es sich — etwa nach Beendigung des Konkurses durch Einstellungsbeschluß - oder durch Zwangsvergleich — nur als die Fortsetzung des alten darstellt; RG. II 19. Jan. 94 E. 25 76, IV 8. Nov. 98 G. 46 445.

17) Mit der Vorschrift des Gesetzes, daß die Eröffnungsbilanz „bei dem Beginn" des Handelsgewerbes aufzustellen ist, ist nicht ein einzelner bestimmter Zeitpunkt, sondern ein Zeitabschnitt gemeint, dessen Grenzen unter billiger Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse zu berechnen sind; RG. III 13. Mai 95, II 9. Juni 96, E. 27 226, 28 428 (430). Maßgebend ist an sich der Abschnitt, in dem mit dem Abschluß der Geschäfte zum Zwecke des Gewerbebetriebs begonnen wird, die gewerbliche Weiterveräußerung der zu diesem Zweck angeschafften Waren braucht nicht hinzuzukommen; RG. zit. E. 27 226, IV 21. Okt. 90 G. 39 46. Entsteht die Kaufmannseigenschaft gemäß HGB. §§ 2, 3 erst mit der Eintragung in das Handelsregister, so beginnt auch die Verpflichtung zur Bilanzziehung erst hiermit. Dasselbe gilt für die Handelsgesellschaften, die erst mit der Eintragung Rechtswirksamkeit erlangen; RG. II 27. Nov. 96 E. 29 222. Die Jahresbilanzen sind „für den Schluß" des Geschäftsjahres (altes HGB. Art. 29 „in jedem Jahr") zu ziehen u. brauchen jetzt jedenfalls nicht mehr am Schluß des von dem Tage des Beginns des Geschäfts laufenden Geschäftsjahrs schon beendet zu sein, sondern können, wie in HGB. § 39₂ ausdrücklich anerkannt, nach diesem Zeitpunkt „innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit" (s. Aktgesellsch. u. Komm.Gesellsch. auf Aktien vgl. HGB. §§ 260 Abs. 2, 325 Nr. 3) fertiggestellt werden; RG. II 7. Dez. 00 E. 34 37. Das Geschäftsjahr darf 12 Monate nicht überschreiten, braucht aber mit dem Kalenderjahr nicht zusammenzufallen. Will ein Kaufmann, daß sein Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr übereinstimmt, so muß er die erste Jahresbilanz oder demnächst eine Zwischenbilanz am Schlusse des Kalenderjahres ziehen; RG. II 2. Dez. 79, III 30. Okt. 80, III 21. Juni 82, R. 1 129, 2 417, 4 592.

18) Unter Strafe gestellt ist nur die Unterlassung der Bilanzziehung in der vorgeschriebenen Zeit, d. i. die völlige Unterlassung und die nicht rechtzeitige Ziehung. Bloße Mängel der Bilanz, sei es selbständige, o. solche, die in unordentlicher Buchführung ihren Grund haben, nehmen einer Bilanz noch nicht ihren Charakter, sondern kommen nur aus § 240³ als unordentliche Buchführung in Betracht; RG. III 21. Juni 82 R. 4 592, I 10. Jan. 87 E. 15 174, Hälschner 2 416, Petersen-Kl. N. 57; vgl. N. 13 u. KO. § 239 N. 24, 30. Ebenso ist die Tatsache, daß pflichtwidrig nur alle 2 Jahre ein Inventar des Warenlagers aufgenommen ist, in der Regel nicht geeignet, die Anwendung der Nr. 4 zu

begründen (RG. IV 22. Juni 97 E. **30** 170), während allerdings ohne jede Inventarisation eine ordnungsmäßige Bilanzziehung überhaupt nicht denkbar sein wird; RG. I 16. Apr. 88 R. **10** 296. Endlich ist auch die bloße Nichtaufbewahrung der Bilanzen nur als Verstoß gegen die Buchführungspflichten, nicht als solcher gegen Nr. 4 anzusehen; RG. III 5. Apr. 83 R. **5** 226. Entspricht dagegen Inventar u. Bilanz überhaupt nicht den gesetzlichen Erfordernissen, gibt die Bilanz keine Übersicht über das Vermögen o. enthält sie nur eine Zusammenstellung fingierter o. willkürlich angegebener Posten, so ist sie als Bilanz i. S. des Gesetzes nicht anzuerkennen; RG. zitt. R. **4** 592, E. **15** 174, I 18. Feb. 85 E. **13** 354, I 2. Okt. 93, IV 28. Sept. 97, 2. Nov. 00, G. **41** 379, **45** 364, **47** 443. Ob eine Bilanz als „in der vorgeschriebenen Zeit" gezogen anzusehen, richtet sich nach den N. 17 erörterten Grundsätzen.

Bedeutung der Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung für den Tatbestand N. 19.

19) Hinsichtlich der Bedeutung der ZEinstllg. o. KEröffng. für den Tatbestand, insbs. wegen ihres Verhältnisses zu den Bankerutthdlgen, gilt für den einf. B. alles in dieser Hinsicht zu dem betrügl. B. § 239 N. 5, 33 Gesagte. ZEinstllg. u. KEröffng. bilden auch hier nicht Tatbestandsmerkmale, sondern lediglich Voraussetzungen der Strafbarkeit. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen beiden und der Bankerutthdlg. ist nicht erforderlich, sondern lediglich ein zeitlicher in der Weise, daß die Bankerutthdlgen auf dieselben ZEinstllg. (KE.) sich beziehen müssen. Vgl. die § 239 N. 33 zitt. RG. E. **4** 41, 418, **5** 415, **7** 391, **15** 64, **26** 385, **29** 222, **35** 83, R. **8** 451, **10** 215, G. **48** 452. Auch bei dem einf. B. ist es deshalb grundsätzlich ohne Bedeutung, ob die Bankerutthdlgen vor oder nach der ZEinstllg. (KE.) begangen sind (die § 239 N. 33 zitt. RG. E. **9** 134, **11** 386, **14** 221); aus dem Charakter der einzelnen Bankerutthdlgen ergibt sich aber, daß tatsächlich bei einigen eine Begehung nach der ZEinstllg. (KE.) kaum denkbar ist. So kann ein Verbrauch oder Schuldigwerden übermäßiger Summen i. S. der Nr. 1 u. noch mehr das Verg. gegen § 240 Nr. 2, das gerade die Absicht, die Eröffnung des KVerfahrens hinauszuschieben, voraussetzt (N. 10, 23), begrifflich nur vor der KEröffng. begangen werden, während ihre Begehung nach der ZEinstllg. erfolgen kann. Unordentliche Buchführung und Nichtziehung der Bilanz ist ebenfalls nur bis zur KEröffng. begehbar (RG. III 16. Feb. 81 R. **3** 51), weil mit diesem Moment die Buchführungspflicht des Gemeinschuldners ihr Ende erreicht, während wiederum Verheimlichung u. Vernichtung von Handelsbüchern sowohl vor wie nach der ZEinstllg. u. KEröffng. verübt werden kann. Wesentlich ist immer nur, daß ZEinstllg. bzw. KEröffng. und Bankerutthdlg. zusammentreffen; zit. RG. E. **14** 221.

Subjektiver Tatbestand zu Nr. 1, 3 u. 4 N. 20—22; zu Nr. 2 N. 23.

20) Über die Erfordernisse in subjektiver Beziehung schweigt der § 240 abgesehen von der Vorschrift der Nr. 2, wonach die Absicht, die Eröffnung des KVerfahrens hinauszuschieben, gefordert wird, vollständig. Daraus folgt im Zusammenhalt mit § 239 negativ, daß nicht die Absicht des Täters, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorliegen darf, da, wenn dies der Fall, niemals § 240, sondern immer nur § 239 in Frage kommen kann; nach der positiven Seite aber sind hinsichtlich der Nr. 1, 3 und 4 des § 240 (über Nr. 2 s. N. 23) aus dem Schweigen des Ges. bestimmte Anhaltspunkte für den subjektiven Tatbestand nicht zu gewinnen. In der Wissenschaft ist die Frage überaus streitig. Außer den Lehrbüchern: Berner S. 612, Binding Lb. **1** 437, Hälschner **2** 414, v. Liszt S. 464, Merkel S. 333, H. Meyer S. 600 erörtern diese Frage namentlich Neumeyer S. 142f., Reichart GS. **48** 266f., Schmidt Bankbruch S. 186f., sowie Meves u. Cohn in G. **36** 377f., **41** 210, Kleinfeller GS. **43** 161 u. Merkel HH. **3** 824; zu vergleichen sind aber auch Jäger N. 5, Oppenh.-D. N. 2, Petersen-Kl. N. 43, 44, Rüd.-St. N. 1, v. Sarwey-B. N. 1, v. Schwarze N. 1, Stenglein RStrafnebenges. N. 2, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 210 I N. 4a, v. Völderndorff **3** 27, v. Wilmowski N. 2, v. Rohland Gefahr S. 33f., Weber GS. **65** 99.

Aus dem Fehlen jeder Bestimmung wurde zunächst gefolgert, daß der Tatbestand des einf. B. überhaupt kein Verschulden, weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit, verlange, sondern

daß es um eine „objektive Strafnorm", „ein Formaldelikt" sich handle, das zwar den allg. Voraussetzungen der Zurechnung unterliege, im übrigen aber von der ihm zugrunde liegenden Willensrichtung des Täters unabhängig sei; so: Merkel in HH., v. Schwarze, v. Völdernborff. Im Ergebnis mit dieser Auffassung übereinstimmend ist die von Berner, Merkel Lb. u. Reichart vertretene Ansicht, daß das Gesetz allerdings ein zum mindesten aus Leichtsinn hervorgegangenes Verschulden voraussetze, daß dieser Leichtsinn aber nicht nachgewiesen zu werden brauche, sondern präsumiert werde. Von der Mehrzahl der Schriftsteller wird anerkannt, daß eine Verschuldung und der Nachweis einer solchen erforderlich sei, indessen wird im einzelnen wiederum verschieden beantwortet, ob nur vorsätzliches Zuwiderhandeln als strafbar anzuerkennen (so v. Liszt in früheren Auflagen), oder ob daneben auch fahrlässige Begehung des Delikts denkbar sei; so: Binding, Cohn, Hälschner, Kleinfeller, v. Liszt, Meyer, Petersen-Kl., Rüd.-St., v. Sarwey-B., Stenglein, v. Wilmowski, v. Rohland, Weber u. im wesentlichen auch Neumeyer, Schmidt; oder ob endlich zur Erschöpfung des Tatbestandes bereits jede schuldhafte Pflichtverletzung, selbst wenn sie nicht als Vorsatz oder Fahrlässigkeit im strafrechtl. Sinne sich darstelle, für genügend angesehen werden müsse; so: Meves, Oppenh.-D. Außerdem aber ist je nach der Auffassung von Natur und Bedeutung der ZEinstllg. (KE.) für den Tatbestand naturgemäß auch hier streitig, ob das Verschulden nur auf die Bankerutthdlgen oder auch auf die ZEinstllg. u. KEröffng. oder etwa nur auf die letzteren Momente sich zu erstrecken habe.

Das RG. hat in seinen älteren Entscheidungen im wesentlichen auf den Standpunkt sich gestellt, daß zur Strafbarkeit nur allg. Zurechnungsfähigkeit, im übrigen aber weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit gefordert werden könne; die Strafbarkeit sei an die einzelne Hdlg. u. Unterlassung als solche geknüpft, indem diese schon für sich bzw. in der besonderen Stellung des Schuldners als Kaufmanns für leichtsinnig und die Rechte der Gläubiger bzw. den Kredit überhaupt gefährdend erachtet werde; so: III 17. Sept. 81, 1. Feb. 82, E. **4** 418, **5** 407, III 11., 28. Jan. 82, 11. Juni 83, R. **4** 35, 92, **5** 425. In späteren Entscheidungen wird dagegen ein strafrechtliches Verschulden für notwendig erklärt. Hinsichtlich der ZEinstllg. (KE.) sei allerdings der Nachweis einer Schuld nicht erforderlich; bezüglich der einzelnen Bankerutthdlgen aber könne der Täter nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn sie entweder vorsätzlich begangen, oder doch auf ein dem Täter zur Last fallendes Verschulden zurückzuführen seien. So: VStS. 9. Jan. 86, I 18. Feb., III 5. Apr. 86, II 25. Feb., IV 1. Nov. 87, II 27. Nov. 96, IV 8. Jan. 97, E. **13** 236, 354, **14** 80 (87), **15** 309, **16** 277, **29** 222, 304 (308), IV 4. Jan. 87, II 1. Nov. 87, I 16. Apr. 88, IV 13. Juli 88, R. **9** 5, 546, **10** 296 (298), 487; vgl. auch III 26. März 00 G. **47** 170. Ob dieses Verschulden als Fahrlässigkeit im eigentlichen strafrechtl. Sinne angesehen, oder aber als weitergehende schuldhafte Pflichtverletzung aufgefaßt wird, ist aus den Entscheidungen des RG. nicht mit Bestimmtheit zu entnehmen. Die Fassung mehrerer Urteile (so insbs. zit. E. **14** 87) deutet darauf hin, daß eine von Vorsatz u. Fahrlässigkeit verschiedene dritte Art von Verschuldung (vgl. StGB. § 316 N. 7) als möglich gedacht und für ausreichend erachtet ist, während andere Urteile ohne nähere Unterscheidung aussprechen, daß der einf. B. vorsätzlich u. fahrlässig begangen werden könne (zitt. R. **10** 298, 487).

Da nach der hier vertretenen Auffassung ZEinstllg. u. KEröffng. nicht Tatbestandsmerkmale, sondern nur außerhalb des Tatbestands liegende Strafbarkeitsvoraussetzungen sind (N. 19 u. § 239 N. 5, 33), kann zunächst mit Bezug auf diese Momente ein Verschulden des Täters nicht gefordert werden; es ist weder erforderlich, daß der Täter sie vorsätzlich oder fahrlässig verursacht, noch ist überhaupt Voraussetzung, daß der Täter mit der Möglichkeit des Eintritts dieser Momente gerechnet habe. Dagegen ist für die Bankerutthdlg. ein Verschulden des Täters zur Strafbarkeit zu fordern; von einem solchen Verschulden ganz abzusehen, würde gegen den allg. Rechtssatz verstoßen, daß, wenn nicht die Gesetze ausdrücklich etwas anderes bestimmen, keine Strafbarkeit ohne ein Verschulden denkbar ist. Neben vorsätzlichem Handeln muß aber auch fahrlässiges Handeln strafbar erscheinen. Daß der § 240 die Fahrlässigkeit nicht besonders bedroht, ist ohne Bedeutung. Insoweit ist ein allg. Rechtssatz, daß die Bestrafung der Fahrlässigkeit nur dann erfolgen dürfe, wenn

die Strafandrohung die fahrlässige Begehung **ausdrücklich** mitumfasse, nicht anzuerkennen, vielmehr ist die Frage nach der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit bei Schweigen des Gesetzes aus Grund und Zweck der einzelnen Strafbestimmung zu beantworten; so: v. Liszt S. 185, Kleinfeller GS. 43 169; aM. Binding Grundr. S. 113. Grund und Zweck des Gesetzes aber lassen i. F. des § 240 unbedenklich auch die Bestrafung der Fahrlässigkeit als gewollt erkennen, da die meisten der im § 240 genannten Bankerutthdlgen gerade solche sind, die im Regelfalle auf ein leichtsinniges, fahrlässiges Verhalten des Schuldners zurückzuführen sind, der Gesetzgeber aber unmöglich gewollt haben kann, gerade diese Regelfälle straflos zu lassen; Kleinfeller aO.

Der **Vorsatz** des Schuldners in den Fällen der Nr. 1, 3 u. 4 besteht — wie sonst — in dem Wissen und Wollen aller Tatbestandsmerkmale. Es muß also vorliegen bei Nr. 1 u. 3: das vorsätzliche Verbrauchen oder Schuldigwerden übermäßiger Summen, die vorsätzliche Nichtführung, Verheimlichung, Vernichtung oder Falschführung der Handelsbücher, verbunden mit dem Bewußtsein, daß der Verbrauch als ein übermäßiger sich darstelle, oder daß infolge der Nichtführung 2c. der Bücher eine Übersicht des Vermögenszustandes unmöglich gemacht werde; bei Nr. 4: die vorsätzl. Nichtziehung der Bilanz in der vorgeschriebenen Zeit, während in diesem letzteren Falle ein Bewußtsein, daß durch die unterlassene Bilanzziehung die Gewinnung einer Vermögensübersicht unmöglich gemacht werde, da dies auch objektiv nicht zum Tatbestande gehört (N. 18, § 239 N. 25, 28), nicht erforderlich ist; aM. Kleinfeller GS. 43 177. Die **Fahrlässigkeit** des Täters würde darin bestehen, daß der Schuldner aus Fahrlässigkeit d. h. unter Außerachtlassung der im Rechtsleben zu erfordernden Aufmerksamkeit (sorglos, leichtsinnig) die genannten Hdlgen vorgenommen oder unterlassen hat, sowie zu Nr. 1 u. 3, daß er bei der nötigen Aufmerksamkeit hätte vorhersehen können, daß durch seine Hdlg. o. Unterlassung der Erfolg des Verbrauchs oder Schuldigwerdens übermäßiger Summen oder der Unmöglichkeit der Erlangung einer Vermögensübersicht herbeigeführt werden konnte. Neben Vorsatz u. Fahrlässigkeit noch eine dritte Schuldart: jede Vernachlässigung der dem Täter obliegenden Pflichten als ausreichendes Schuldmoment anzuerkennen, erscheint nicht angängig, da eine dritte Schuldart neben Vorsatz und Fahrlässigkeit dogmatisch überhaupt nicht denkbar ist (vgl. T. I Abschn. 4 N. 3); Binding Lb. 1 448 N. 1, Kleinfeller StRStrafnebenges. § 210 I N. 4b u. GS. 43 170 ff., Neumeyer S. 144. Die neuere Rechtsprechung des RG. stimmt, wie hervorgehoben, im wesentlichen mit der hier vertretenen Auffassung überein. Von dem Standpunkt des RG. aus, nach dem ZEinftllg. (RE.) als Tatbestandsmerkmale gelten, ist allerdings die Annahme, daß das Verschulden auf diese Momente sich nicht zu erstrecken brauche, nicht folgerichtig; s. übrigens IV 2. Juli 95 E. 27 316 (318) u. N. 25.

21) Im Ergebnis ist danach daran festzuhalten, daß der Tatbestand des § 240 in subjektiver Beziehung hinsichtlich der begangenen Bankerutthdlg. Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Voraussetzung hat. Durch Unfähigkeit zur Buchführung oder durch die Annahme eines Buchführers wird eine strafrechtl. Verantwortlichkeit des Kaufmanns bezüglich der Buchführung noch nicht ausgeschlossen; RG. III 17. Sept. 81 E. 4 418; ebensowenig wird durch die bloße Verteilung der Geschäfte unter die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft, bei der keiner von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, ein Mitglied von solcher Verantwortlichkeit befreit; RG. IV 30. Apr. 86 R. 8 331. Hat indessen ein Kaufmann, sei es wegen eigener Unfähigkeit, oder weil ihm bei der Größe seines Geschäfts unmöglich ist, die Buchführung allein zu besorgen, geeignete Hilfskräfte angenommen, und trifft ihn weder bei der Auswahl, noch bei der Überwachung ein Verschulden, so erscheint er für etwa trotzdem eingetretene Mängel der Buchführung nicht verantwortlich, weil ihm dann eben eine Fahrlässigkeit hinsichtlich der unordentlichen Buchführung überhaupt nicht zur Last fällt; RG. III 1. Juli 01 G. 48 362. Dasselbe gilt, wenn ein Gesellschafter durch Täuschung eines Mitgesellschafters verhindert ist, die Buchführung zu kontrollieren, oder wenn ihm dadurch eine ordentliche Buchführung unmöglich gemacht worden ist; RG. III 7. Jan. 80 E. 1 49, II 3. Juni 90 G. 38 201. Schuld- u. Strafausschließungsgründe kommen nach allg. Grundsätzen in Betracht. Unkenntnis der Verpflichtung zur Buchführung oder seiner Voll-

kaufmannseigenschaft kann, falls solche nicht auf tatsächlichen Umständen (etwa Art u. Umfang des von ihm betriebenen Geschäfts; vgl. auch RG. II 27. März 00 G. 47 171) beruhen, nach der Praxis keine Berücksichtigung finden, da es lediglich um einen unbeachtlichen strafrechtl. Irrtum sich handeln würde; so: RG. III 17. Nov. 80, II 11. Dez. 85, IV 19. Feb. 86, II 4. Juni 86, R. 2 523, 7 730, 8 127, 420, III 1. Feb. 82, I 8. Feb. 83, E. 5 407, 8 147; aM. Binding Lb. 1 433.

22) Die Streitfrage, ob das Verschulden des Täters im Urteil besonders festgestellt werden müsse (s. Kleinfeller StRStrafnebenges. § 210 I N. 4c u. GS. 43 178, Petersen-Kl. N. 45) wird mit dem RG. dahin zu beantworten sein, daß an sich stets zu prüfen ist, ob ein strafbares Verschulden vorliegt, daß aber eine besondere Feststellung dieses Verschuldens nach allg. prozessualen Grundsätzen im Urteil nur dann erforderlich ist, wenn der Schuldner die Verschuldung bestritten hat; RG. I 18. Feb. 85 E. 13 354 (359); so auch Stenglein RStrafnebenges. N. 4; aM.: Binding Lb. 1 440 N. 1, Kleinfeller aO.

23) Eine Sonderstellung bezüglich des subjektiven Schuldmoments nimmt, wie schon erwähnt, die Nr. 2 ein, wonach zur Strafbarkeit erfordert wird, daß die Tat begangen ist in der Absicht, die Eröffnung des KVerfahrens hinauszuschieben. Nach der Begründung (S. 58) ist eine solche Absicht gegeben, sobald der Wille des Schuldners dahin sich richtet, der KEröffng. für jetzt zu entgehen; es könne deshalb dem Schuldner nicht zum Schutze gereichen, wenn er hierbei in der Hoffnung handle, mit Hilfe der gewonnenen Frist vielleicht den K. überhaupt abzuwenden. In dem Bericht der RKommission (S. 52) wird ferner hervorgehoben, daß eine Absicht zu täuschen nicht erforderlich sei. Unbedenklich setzt danach die Straftat der Nr. 2 vorsätzliches Handeln voraus, und da der Vorsatz nach allg. Grundsätzen den ganzen Tatbestand zu umfassen hat, muß einmal die Absicht, den K. hinauszuschieben, nicht bloß bei der Weiterveräußerung, sondern schon bei der kreditweisen Entnahme der Waren ꝛc. vorhanden sein, und es ist weiter das Bewußtsein des Täters erforderlich, daß die Veräußerung der auf Kredit entnommenen Waren o. Wertpapiere unter dem Wert erfolge und den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widerspreche. Damit nähert sich der Tatbestand, da das letzterwähnte Bewußtsein bei dem Täter ohne das gleichzeitige Bewußtsein einer Benachteiligung seiner alten und seiner neuen Gläubiger, die beide durch das wirtschaftswidrige Geschäft geschädigt werden, kaum denkbar ist, erheblich dem betrügl. B. Will der Schuldner nicht den K. hinausschieben, sondern kann er bestimmt auf spätere Mittel rechnen und will durch seine unwirtschaftliche Handlungsweise nur die nötigen Gelder für die Zwischenzeit sich verschaffen, so liegt keine strafb. Hdlg. vor; Binding Lb. 1 437. Die Erreichung der Absicht, den K. hinauszuschieben, ist zum Tatbestande nicht erforderlich; Petersen-Kl. N. 51.

Vollendung u. Versuch; Teilnahme; Zusammentreffen; Strafe, Verjährung; Prozessuales, Zuständigkeit. N. 24—28.

24) Über Vollendung, Zeit und Ort der Begehung der Tat und Beginn der Verjährung gilt bezüglich des einf. B. nichts Besonderes, es ist deshalb lediglich auf KO. § 239 N. 35 zu verweisen. Insbs. ist auch beim einf. B., falls die Bankerutthdlg. im Auslande verübt ist, die Tat ohne Rücksicht auf den Ort der ZEinstllg. (KE.) als im Auslande begangen anzusehen. AM. nach der von ihm vertretenen Auffassung RG. II 20. Sept. 87 E. 16 188 (Verspielen übermäßiger Summen in Monte Carlo, ZEinstllg. in Brandenburg; Tatort Brandenburg).

Der Versuch des einf. B., der bei vorsätzlicher Begehung an sich denkbar wäre, ist im Gesetz nicht mit Strafe bedroht. Die hierauf sich beziehenden Ausführungen der N. 35 § 239 haben also für den einf. B. keine praktische Bedeutung.

Wegen eines Wechsels der Gesetzgebung zwischen der Zeit der Tat u. der Aburteilung gilt das zu KO. § 239 N. 35 u. Abschn. 24 N. 4 Bemerkte.

25) Die Strafbarkeit einer Teilnahme am einf. B. in allen ihren Erscheinungsformen bestimmt sich nach den allg. Grundsätzen; abweichend v. Völderndorff 3 8, 45, der die Möglichkeit einer Teilnahme leugnet, ebenso Jäger N. 45. Das RG. hält seiner grundsätzlichen Auffassung gemäß, daß Anstiftg. u. Beih. nur zu vorsätzlich begangenen Delikten

denkbar sei (s. StGB. §§ 48 N. 16, 49 N. 17, 18, sowie Binding Lb. 1 441 u. Reichart GS. 48 296) auch Beih. zu einf. B. nur für möglich, wenn die Haupttat vorsätzlich verübt ist; IV 1. Nov. 87, 2. Juli 95, E. 16 277, 27 316, IV 13. Juli 88 R. 10 487, II 20. Sept. 95 G. 43 374. Während dabei im allg. eine strafb. Beih. schon dann als vorliegend anerkannt wird, wenn der Vorsatz des Gehilfen nur auf die Bankerutthdlg. selbst ohne Rücksicht auf ZEinstellg. (KE.) sich bezog, ist das zit. E. 27 316 hiervon abgegangen und hat angenommen, daß nur einem Täter, dessen Vorsatz ZEinstellg. (KE.) mit in sich begreife, also nur einem solchen, der in diesem Sinne der vorsätzlichen Verfehlung gegen § 240 KO. sich schuldig gemacht habe, Beih. geleistet werden könne, und daß dementsprechend auch der Vorsatz des Gehilfen die Beziehung der Tat zur ZEinstellg. (KE.) mitumfassen müsse. Da andererseits ausdrücklich daran festgehalten wird, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Bankerutthdlg. u. ZEinstellg. (KE.) nicht zu fordern sei, und daß deshalb auch der Vorsatz des Täters nicht in der Richtung sich geltend zu machen brauche, daß seine Tat jenen Erfolg haben werde, so ist nicht klar, inwieweit der Vorsatz des Täters auch die ZEinstellg. (KE.) mitumfassen soll, und es ist kaum anzunehmen, daß das RG. seinen sonst festgehaltenen Standpunkt, daß der Zusammenhang zwischen ZEinstellg. (KE.) einerseits und Bankerutthdlg. andererseits ein lediglich äußerer, zeitlicher sei und vom Vorsatz nicht umfaßt zu sein brauche (s. oben N. 19 u. § 239 N. 33), mit diesem Urteil hat aufgeben wollen. Vgl. die Vorbemerkung in Stenglein Lexikon des Strafr. 1 212.

26) Für das Zusammentreffen mehrerer Bhdlgen bei derselben ZEinstellg. (KE.) gilt das § 239 N. 37 Gesagte; es ist nur ein Vergehen des einf. B. als vorliegend anzusehen; vgl. die § 239 N. 37 zitt. Entsch., sowie insbs. RG. III 15. Nov. 79, BStS. 9. Jan. 86, II 18. Apr. 03, E. 1 101, 13 236 (242), 36 194, II 20. Apr. 80, III 5. Juni 80, R. 1 627, 2 32. Treffen bei derselben ZEinstllg. (KE.) betrügl. u. einf. B. zusammen, so kann an sich nur Idealkonk. (nicht Realkonk.) in Frage kommen; so: RG. II 17. März 82 E. 6 94, III 22. Jan. 83 R. 5 52, Hälschner 2 417; aM. Rüd.-St. § 209 N. 31. Dasselbe gilt für ein Zusammentreffen von § 240 u. § 241 (das. N. 12); RG. III 12. Juli 83, IV 17. Okt. 84, II 16. Jan. 85, R. 5 18, 6 633, 7 399, sowie zit. E. 6 94. Handelt es sich aber darum, daß dieselbe Bhandlung teils aus § 240, teils aus § 239 strafbar erscheint, z. B. falsche Buchführung nur zum Teil in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, so kann nur aus der schwereren Qualifikation des § 239 gestraft werden; RG. II 22. Juni 80 E. 2 198. Wegen des Verhältnisses des B. zu anderen strafbaren Hdlgen s. § 239 N. 38.

27) Die ordentliche Strafe des § 240 ist Gefängnis, also gemäß § 16 StGB. Gefängnis von 1 T.—5 J. Als Nebenstrafe ist in den Fällen der Nr. 1 u. 2 unter Berücksichtigung des § 32 StGB. VbER. zulässig. Bei Annahme mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 f.), die durch die Novelle v. 17. Mai 1898 zugelassen sind, kann wahlweise (jedoch nicht an erster Stelle) auf Geldstrafe bis 6000 M. erkannt werden (StGB. § 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach StGB. § 67 Abs. 2 StGB. in 5 Jahren; wegen des Beginns der Verjährung s. N. 24 u. § 239 N. 35.

28) In prozessualer Beziehung vgl. § 239 N. 40. Bei einer Verurteilung wegen unordentlicher Buchführung gegenüber einem auf unterlassene Buchführung lautenden Eröffnungsbeschluß ist ein Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aus StPO. § 264 nicht erforderlich; RG. II 1. März 81 E. 3 417; wohl aber bedarf es eines solchen bei Annahme unterlassener Bilanzziehung statt unordentlicher Buchführung u. umgekehrt; RG. I 3. Nov. 84, IV 23. Jan. 91, E. 11 250, 21 387. Wegen der Zulässigkeit alternativer Feststellungen s. RG. IV 2. Nov. 00 G. 47 443, II 18. Apr. 03 E. 36 193 u. Wertheimer Mischgesetze S. 59.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

KO. § 241.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit

kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu sechstausend Mark erkannt werden.

PrStGB., RStGB. fehlt. Entw. § 211. Mot. S. 461. KO. 1877 § 211. Entw. zum G. v. 17. Mai 1898 fehlt. Antr. Rintelen u. Gen. v. 14. Dez. 97 Art. 3 III. Drucks. 1897/98 Nr. 74. KommBer. Drucks. 1897/98 Nr. 237 S. 57 ff. StB. S. 1995 ff., 2083.

Vgl. KO. § 244, G., btr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (F. v. 20. Mai 1898) § 83 sowie G. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 § 12.

1) Eine dem § 241 entsprechende Bestimmung war in dem RStGB. nicht enthalten, sondern ist erst durch die KO. v. 10. Feb. 1877 den §§ 308, 340 der PrKO., und sonstigen landesgesetzlichen Bestimmungen entsprechend (vgl. v. Völdernborff 3 40) eingeführt, weil „die allgemeinen Bestimmungen des Strafrechts über Betrug und Unterschlagung" für das zu treffende „strafbare Verhalten des Schuldners gegen einzelne seiner Gläubiger im Verhältnis zu anderen" nicht ausreichten; Mot. S. 461. Seine Vorschrift ist gemäß der Bestimmung des § 30 Nr. 2 KO. über die im Konkurse stattfindenden Anfechtungen gefaßt worden. Die Gläubigerbegünstigung, sog. Gratifikation, ist „in Wahrheit nur ein privilegierter Fall des betrügerischen Bankerutts"; Binding Lb. 1 442. Leistet ein zahlungsunfähiger Schuldner dem Gläubiger nur das, was er schuldet, so bewegt er sich, selbst wenn seine Rechtshdlg. nach bürgerlichem Recht den anderen Gläubigern gegenüber anfechtbar sein sollte, immer im Rahmen seiner gesetzlichen Verbindlichkeit; leistet er aber, um den Gläubiger zu bevorzugen, anderes, Günstigeres und darum mehr, als dieser zu fordern hat, so schädigt er bewußterweise unmittelbar die Rechte der Gesamtheit der übrigen Gläubiger und vermindert das zu ihrer Befriedigung vorhandene Vermögen. Mit der Auffassung der Gläubigerbegünstigung als einer Art des B. stimmen außer Binding aO. im wesentlichen überein: Hälschner 2 422, v. Liszt S. 465, H. Meyer S. 601 N. 3, Oppenh.-D. § 239 N. 41, Stenglein RStrafnebengef. N. 2, v. Wilmowski N. 1 u. § 209 N. 3, Neumeyer S. 185, Schmidt Bankbruch S. 196, 202, während von anderen das Verg. gegen § 241 als selbständiges Delikt angesehen wird, bei dem das Rechtswidrige nicht in einer Verletzung der materiellen Rechte der Gläubigerschaft liege, sondern lediglich „in der Verletzung der Vorschrift des Konkursrechts, daß der Schuldner bei dem Zusammenbruch seiner Wirtschaft die gesetzliche Reihenfolge der Befriedigung der Gläubiger nicht vereiteln soll". So namentlich Reichart GS. **48** 318 u. Jäger N. 1 u. 2. Das **RG.** hat — insbs. auch hinsichtlich der Folgerungen — wesentlich der ersteren Auffassung sich angeschlossen; so: II 17. März 82, IV 10. Juli 03, E. **6** 95, **36** 345 (349), III 12. Juli 83, II 16. Juni 85, R. **5** 518, **7** 399. Das letztgenannte Urt. bezeichnet die Gläubigerbegünstigung als „eine Form des Bankbruchs, dessen Strafbarkeit in der Verletzung der Gläubigerrechte beruhe", und das Urt. E. **36** 349 nennt sie direkt ein Verg., das „seinem Wesen nach sich nur als ein mit Rücksicht auf das subjektive Verschulden des Täters geringer strafbarer Fall des betrüglichen Bankerutts darstelle". In anderen Urteilen (so insbs. II 8. Apr. 81 E. **4** 61, III 18. Juni 83 R. **5** 449) wird allerdings inkorrekt der Konkursanspruch der Gläubiger als das durch den § 241 geschützte Rechtsgut bezeichnet. Aus der Auffassung der Gläubigerbegünstigung als einer bloßen Unterart des B. ergibt sich, daß die allg. Fragen nach dem Verhältnis der ZEinstllg. (KE.) zur Begünstigungshdlg., sowie nach Vollendung, Zeit und Ort der Begehung, Beginn der Verjährung und Zusammentreffen mehrerer Hdlgen im wesentlichen nach denselben Grundsätzen zu beurteilen sind, wie beim betrügl. B. S. unten N. 10.

2) Täter kann jeder Schuldner sein; eine Beschränkung auf Kaufleute ist nicht ausgesprochen. Über Schuldner vgl. § 239 N. 2, 6, über ZEinstllg. u. KEröffng. § 239 N. 3—5. Beide sind auch hier lediglich Strafbarkeitsbedingungen, die Tat kann vor und

nach ihnen begangen werden. Abweichend von dem betrügl. und einf. B. ist aber bei der Gläubigerbegünstigung in objektiver Beziehung weiter erforderlich, daß der Schuldner zur Zeit der Tat in wirklicher Zahlungsunfähigkeit sich befindet, daß also ZEinstllg. o. KEröffng. auf dieser beruhe. Denn da in subjektiver Beziehung die Kenntnis des Schuldners von seiner Zahlungsunfähigkeit ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal hingestellt ist (N. 8), ergibt sich von selbst, daß solche Zahlungsunfähigkeit auch objektiv als Tatbestandsmerkmal gefordert werden muß. Beruhen ZEinstllg. u. KEröffng. auf irrtümlich angenommener oder fälschlich vorausgesetzter Zahlungsunfähigkeit, oder auf bloßer Überschuldung, so kann der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit nicht kennen und deshalb auch nicht strafbar sein. So: Berner S. 612, Merkel HH. 4 453, Jäger N. 4, Neumeyer S. 186, Reichart GS. 48 522; nach Petersen-Kl. N. 6 u. v. Völdernborff 3 42 soll die Kenntnis der ZEinstllg. die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit in sich schließen. Unter Zahlungsunfähigkeit ist zu verstehen das Unvermögen des Schuldners, die bereiten Mittel zur Zahlung seiner fälligen Schulden herbeizuschaffen; RG. II 11. Jan., 8. Apr. 81, E. 3 190, 4 61, VII ZS. 17. Dez. 01, 6. Juni 02, EZS. 50 39, 51 412, Jäger §§ 30 N. 1, 102 N. 2, Petersen-Kl. § 30 N. 5. Diese Zahlungsunfähigkeit wird regelmäßig auf Vermögensunzulänglichkeit beruhen, doch genügt die tatsächliche Unmöglichkeit, die bereiten Mittel zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden; RG. III 18. Juni 83 R. 5 449.

Ehegatten können Mittäter sein; RG. II 23. Okt. 83 E. 9 161. Der Ansicht von Stenglein RStrafnebenges. N. 1 u. Kleinfeller das. 1. Aufl. § 211 N. 2a, daß der Erbe des Schuldners Täter nur sein könne, wenn er selbst zahlungsunfähig sei, kann nicht zugestimmt werden; es muß genügen, wenn die Erbschaftsmasse zahlungsunfähig ist, und dieser Umstand dem Erben bekannt geworden ist.

3) Als Gläubiger, der vom Schuldner unzulässig begünstigt werden kann, kommt jeder Gläubiger des Schuldners in Frage, auch der unter einer aufschiebenden Bedingung und betagt Berechtigte u. insbs. auch der Bürge wegen des Anspruchs aus der Befriedigung des Gläubigers, demgegenüber er sich verbürgt hat, und zwar sowohl vor wie nach Zahlung der Hauptforderung (vgl. BGB. § 775); RG. II 14. Dez. 86, I 29. Apr. 97, E. 15 90, 30 73, Stenglein RStrafnebenges. N. 5. Ebensowenig ist nach Inhalt und Fassung des Gesetzes der Begriff auf die eigentlichen KGläubiger zu beschränken, vielmehr sind darunter auch die absonderungsberechtigten Gläubiger, insbs. die Hypothekengläubiger zu verstehen; so: RG. III 24. Nov. 87 E. 16 402, Binding Lb. 1 442, v. Liszt S. 465, Petersen-Kl. N. 5, Rüd.-St. N. 3, v. Wilmowski N. 1; aM.: Jäger N. 6, Oppenh.-D. N. 7. Endlich fallen darunter auch die in KO. § 63 Aufgeführten; auch braucht die Forderung des Gläubigers nicht gerade eine Geldforderung zu sein. Wesentlich ist nur, daß der Betreffende zur Zeit der Hdlg. schon Gläubiger ist. Wird der Gegenkontrahent erst durch den mit dem Schuldner geschlossenen Vertrag zum Gläubiger, so kann bei bewußter Schädigung des Gläubigers durch solchen Vertrag nicht § 241, sondern nur § 239 KO. in Frage kommen; so RG. II 18. Feb. 02 E. 35 127; aM. Kleinfeller StRStrafnebenges. § 211 N. 3b.

4) Die unter Strafe gestellte Hdlg. besteht in Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung, welche der Gläubiger nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat; vgl. KO. § 30 Nr. 2. Unter Sicherung sind alle Rechtshdlgen zu verstehen, durch die dem Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners ein tatsächlicher Vorzug eingeräumt wird; also insbs. (BGB. § 232) Pfandbestellungen jeder Art, namentl. Bestellungen von Hypotheken u. Verpfändung beweglicher Sachen, ferner Hinterlegung von Geld, Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts, Festlegung von Gegenständen durch Herbeiführung von Beschlagnahmen oder Pfändungen u. drgl. Genügend ist die Einräumung einer rechtlichen Sicherung; ob das bestellte Pfand tatsächlich solche Sicherung gewährt, oder wegen Wertlosigkeit oder Überschuldung des Pfandstückes wirtschaftlich ohne Bedeutung ist, ist unerheblich; RG. III 11. Dez. 80 R. 2 626, IV 24. Sept. 97 E. 30 261. Dagegen ist die bloße Einräumung eines Zwangsvollstreckungstitels, insbs. die Erteilung einer zu sofortiger Zwangsvollstreckung berechti-

genden Urkunde, noch nicht als Gewährung einer Sicherung anzusehen, vielmehr muß in diesem Falle hinzukommen, daß tatsächlich auf Grund des Titels für den Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners etwas in Beschlag genommen wird. Anderenfalls würde nur die bloße Möglichkeit, eine reale Deckung zu erlangen, also nur der (straflose) Versuch einer Sicherheitsleistung vorliegen; so: RG. II 8. Apr. 81, 1 Nov. 81, 14. März 90, IV 17. Dez. 95, II 26. März 97, E. 4 61, 5 116, 20 301, 28 61, 30 46 u. das E. 20 301 zit. Urt. BZS. 6. Dez. 83 EZS. 10 33, Binding Lb. 1 443; aM. Kleinfeller StRStrafnebenges. § 211 N. 3c. Zu weit geht die Annahme des RG. IV 19. Feb. 01 E. 34 172, daß mit Rücksicht auf BGB. § 1117 bei Bestellung einer Hypothek erst durch Übergabe des Hypothekenbriefs oder einen dieser gleichstehenden Akt die Sicherung tatsächlich bestellt sei. Schon durch die Eintragung der Hypothek ist ein dem Gläubiger günstigerer Zustand geschaffen, der ohne Zustimmung des Gläubigers nicht wieder beseitigt werden kann; Binding Lb. 1 443 N. 2. Die Gewährung einer Sicherung erfordert nach allg. strafrechtl. Grundsätzen (T. I Abschn. 3 N. 3) nicht, daß der Schuldner unmittelbar aktiv tätig wird, vielmehr kann sie auch dadurch bewirkt werden, daß der Schuldner der Handlungsweise des Gläubigers im Einverständnis mit dem Gläubiger nicht widerspricht, also z. B. im Zivilprozeß, obwohl er die Klage des Gläubigers mit Grund hätte bekämpfen können, um im heimlichen Einvernehmen mit dem Gläubiger ihm zu seiner Sicherung oder Befriedigung zu verhelfen, ein vollstreckbares Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt; RG. III 27. Feb. 88 E. 17 220 (222), zit. E. 28 61. Vollendet ist die Gewährung der Sicherung aber auch in solchem Falle erst, wenn die Vollstreckung tatsächlich vorgenommen wird.

Da auch hier ZEinstllg. (KE.) und Straftat, obschon nicht in ursächlicher, so doch in tatsächlicher (zeitlicher) Beziehung zueinander stehen müssen (N. 1 u. § 239 N. 33), so kann von einer Begünstigung nicht gesprochen werden, wenn die Sicherung dem Gläubiger nicht aus dem Vermögen gewährt wird, auf das die ZEinstllg. (KE.) sich bezieht, also etwa aus dem Vermögen Dritter oder aus solchen Sachen, die der Zwangsvollstreckung u. damit dem Zugriff der KGläubiger entzogen sind; RG. III 29. Jan. 00 G. 47 158, Petersen-Kl. N. 4.

5) Unter **Befriedigung** ist zu verstehen jede Erfüllung einer Verbindlichkeit, durch die das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner zum Erlöschen gebracht wird; BGB. § 362. Es fällt also darunter jede Leistung, die vom Gläubiger als Erfüllung angenommen wird; BGB. §§ 363 f. Die bezüglich der Gewährung einer Sicherung (N. 4) erörterten allg. Grundsätze, inwieweit hierzu eine positive Tätigkeit des Schuldners zu erfordern, und wann eine Sicherung als vollendet anzusehen ist, sowie über die Beziehung der ZEinstllg. (KE.) zur Sicherung gelten auch für den Begriff der Befriedigung.

6) Ob der Gläubiger einen Anspruch auf Sicherung oder Befriedigung hat, ist lediglich nach dem bürgerlichen Recht sowie nach dem zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnis zu beurteilen, nicht aber etwa schon aus dem Gesichtspunkt zu entscheiden, daß nach dem **Konkursrecht** alle Gläubiger nur Anspruch auf verhältnismäßige Befriedigung haben; RG. II 11. Jan. 81 E. 3 191 (196), III 7. Juni 82 R. 4 541. Bevorzugung einer fälligen Forderung vor anderen durch vertragsmäßige Befriedigung gehört deshalb nicht hierher; RG. II 1. Nov. 81 E. 5 116, zit. R. 4 541. Wesentlich aber ist, daß der Anspruch auf Sicherung oder Befriedigung schon **vor** Eintritt der Zahlungsunfähigkeit u. Kenntnis des Schuldners hiervon bestanden hat. Wird solcher Anspruch vertragsmäßig erst zu einem Zeitpunkt begründet, in dem der Schuldner bereits seine Zahlungsunfähigkeit kannte, so ist die infolgedessen tatsächlich geleistete Sicherung oder Befriedigung trotz der vorgängigen vertragsmäßigen Zusicherung unzulässig, da ein solches Verfahren lediglich als Umgehung des Gesetzes sich darstellen würde. Ein Anspruch auf **Sicherheitsleistung** folgt aus dem Begriff des Forderungsrechts an sich nicht, vielmehr ist er nur anzuerkennen, wenn der Schuldner dazu durch Rechtsgeschäft oder Gesetz oder gerichtliche Verfügung besonders verpflichtet ist. Selbst wenn der Gläubiger bei Fälligkeit der Forderung Befriedigung verlangen kann, ergibt sich daraus noch nicht ohne weiteres ein Recht, Sicherung zu fordern; zit. E. 3 191 (198). Aus der Praxis des RG.

ist zu vergleichen: über den Anspruch der Ehefrau auf Sicherheitsleistung für ihr Eingebrachtes bei Vermögensverfall des Mannes; III 11. Dez. 80 **R. 2** 626; über den Sicherungsanspruch aus Artt. 28, 29 WO. zit. **E. 3** 191 u. IV 30. Nov. 94 **E. 26** 257; über den des Bürgen nach französischem Recht I 29. Apr. 97 **E. 30** 73. Über Ansprüche auf Sicherheitsleistung nach BGB. s. Planck BGB. Buch I Abschn. 7 N. 1.

Ein Anspruch auf Befriedigung besteht überhaupt nicht, wenn die Forderung durch rechtsverneinende Einwendungen entkräftet werden kann, also insbs. bei Nichtigkeit (z. B. BGB. §§ 116 ff.) oder Anfechtbarkeit (z. B. BGB. §§ 119 ff.) des Anspruchs; Jäger § 30 N. 44. Die freiwillige Zahlung einer Spielschuld wird ebenfalls hierher zu rechnen sein, da ein Anspruch auf ihre Erfüllung im bürgerl. Recht nicht gegeben ist (BGB. § 762); so auch Kleinfeller StRStrafnebenges. § 211 N. 3e; s. aber Jäger aO. Eine Befriedigung „nicht in der Art" liegt vor, wenn der Gläubiger etwas anderes als die vertragsmäßig geschuldete Leistung erhält, also namentlich bei Hingabe von Mobilien oder Waren an Zahlungs Statt, falls nur eine Geldforderung vorlag; RG. II 1. Nov. 81, 31. März 82, **E. 5** 116, **6** 149, III 18. Juni 83, 6. Nov. 84, **R. 5** 449, **6** 708. Bezahlung einer Geldforderung mit Banknoten statt in barem Gelde kann nicht hierher gerechnet werden, da Banknoten im Verkehr dem Gelde völlig gleichstehen; Kleinfeller StRStrafnebenges. § 211 N. 3f, Jäger N. 11. Dagegen ist Befriedigung durch Hingabe anderer Wertpapiere als der vertragsmäßig ausgemachten für unzulässig zu erachten, „selbst wenn ihr Kurs an der Börse notiert wird und die Befriedigung durch solche Papiere üblich sein sollte"; Kleinfeller aO. Bei Wahlschulden kann jeder der alternativ geschuldeten Gegenstände geleistet werden. Wird die Hingabe an Zahlungs Statt in einen Vertrag gekleidet, durch den dem Gläubiger das Eigentum an Sachen mit der Verabredung überlassen wird, daß der Preis nicht bar gezahlt, sondern gegen die Forderung des Gläubigers verrechnet werden soll, so wird dadurch die Annahme einer unzulässigen Bevorzugung nicht ausgeschlossen, wenn der Vertrag nur zur Verdeckung einer Hingabe an Zahlungs Statt geschlossen wird, doch ist naturgemäß auch denkbar, daß ein ernstlich gemeinter Kaufvertrag beabsichtigt war, bei dem das Erlöschen der Forderung des Gläubigers durch Aufrechnung herbeigeführt ist (BGB. § 387 f.). Im letzteren Falle würde keine Begünstigung vorliegen; RG. II 31. März 82 **E. 6** 149. In der Hingabe von Wechseln für die Forderung hat RG. II 9. Juni 91 **G. 39** 230 keine Befriedigung oder auch nur Sicherung gefunden. Ob die Leistung an einem anderen Ort als dem vertragsmäßigen Erfüllungsort als eine unzulässige Leistung nichtgeschuldeter Art anzusehen sei, wird davon abhängen, ob darin nach Lage der Sache eine Bevorzugung des Gläubigers gefunden werden kann; Jäger § 30 N. 45.

Eine Sicherung „nicht in der Art" ist gegeben, wenn nur eine bestimmte Art der Sicherung gefordert werden konnte und eine andere geleistet wird; besteht ein allgemeiner Anspruch auf Sicherung, so ist jede Art der Sicherstellung (BGB. § 232) zulässig.

Eine Erfüllung oder Sicherung, die der Gläubiger „nicht zu der Zeit" zu beanspruchen hat, liegt vor, wenn die Sicherung verfrüht, oder die Befriedigung vor der Fälligkeit geleistet wird. Daß der Gläubiger sein Recht auf Sicherstellung oder Befriedigung besonders geltend gemacht hat, ist nicht erforderlich; RG. II 3. Feb. 93 **G. 40** 447.

7) Ob unter der „Gewährung" einer unzulässigen Sicherung oder Befriedigung schon jede einseitige Willenserklärung oder Willensbetätigung des Schuldners zu verstehen ist, oder ob dazu die Zustimmung des Gläubigers erfordert werden muß, kann zweifelhaft sein. Von RG. III 22. Feb. 97 **E. 29** 413 (s. auch IV 31. Jan. 90 **E. 20** 214) ist die Frage im letzteren Sinne entschieden mit der Begründung, daß, wie in anderen §§. des StGB. (§§ 180, 302a, 333), so auch in der KO. (insbs. § 243) der Begriff des Gewährens „erst durch das Vorangehen oder Hinzutreten eines auf Erlangung des Gegebenen oder Dargebotenen gerichteten Verlangens o. einer Annahme des Gegebenen o. Dargebotenen auf seiten des Empfängers" erfüllt sei, eine Befriedigung aber überhaupt ohne Zustimmung des Gläubigers nicht gedacht werden könne. Der Entscheidung wird zuzustimmen sein (vgl. auch StGB. §§ 180 N. 7, 302a N. 6, 333 N. 2c), da Gewährung von Sicherung o. Be-

friedigung ein rechtsgeschäftlicher Akt ist, der nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, um rechtswirksam zu werden, der Annahme des Gegenkontrahenten bedarf; aM. Binding Lb. 1 443. Hingabe von Geld oder Pfandstücken an einen Geschäftsunfähigen ist danach keine Zahlung oder Sicherstellung, dagegen ist selbstverständlich Zahlung an den gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten durchaus wirksam. Allerdings führt die Folgerung des RG., wie Binding aO. mit Recht hervorhebt, „zu dem fatalen Ergebnis", daß die gleichen Hdlgen bald straffällig sein können, bald nicht; indessen ist zu beachten, daß derartige Zahlungen o. Sicherstellungen ohne Kenntnis des Gläubigers häufig als Beiseiteschaffen von Vermögensstücken i. S. des § 239 Nr. 1 KO. anzusehen sein werden; zit. E. 29 413. Daß auf seiten des Schuldners ein rein passives Verhalten den Begriff des Gewährens nicht erschöpft s. N. 4.

8) In subjektiver Beziehung ist zum Tatbestande des § 241 im Gesetze für erforderlich erklärt, die Kenntnis des Täters von seiner Zahlungsunfähigkeit und außerdem die Absicht, den gesicherten oder befriedigten Gläubiger vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen. Aus dem letzteren Erfordernis ergibt sich zunächst, daß die Gläubigerbegünstigung nur vorsätzlich begangen werden kann; eine fahrlässige Begehung des Delikts ist nicht denkbar.

In ersterer Beziehung ist bloße Kenntnis der Vermögensunzulänglichkeit oder der Umstand, daß der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit hätte kennen müssen, nicht genügend, vielmehr muß dem Schuldner wirkliche und bestimmte Kenntnis seiner Unfähigkeit zu zahlen (N. 24) nachgewiesen sein (RG. II 11. Jan., 8. Apr. 81, E. 3 190, 4 63, insbs. 67) eine Feststellung, die, wie jede andere Tatsache, im Strafprozeß der freien Beweiswürdigung unterliegt; zit. RG. E. 3 191. Bei Irrtum des Schuldners über seine Zahlungsunfähigkeit kann Bestrafung nicht eintreten und zwar weder, wenn er irrtümlich sich für zahlungsunfähig hält (N. 2), noch auch, wenn er irrtümlich an seine Zahlungsfähigkeit glaubt, im letzteren Falle in Gemäßheit des § 59 StGB.

9) Unter der für den Tatbestand erforderlichen Begünstigungsabsicht ist entsprechend, wie beim § 289 (dort N. 34), nicht der Endzweck oder Beweggrund des Schuldners zu verstehen, sondern es ist für genügend zu erachten der Vorsatz des Schuldners, dem Gläubiger eine Sicherung o. Befriedigung zu geben, die er nicht, oder nicht in der Art, oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat, verbunden mit dem Bewußtsein, daß der Gläubiger hierdurch zum Nachteil der übrigen Gläubiger in unzulässiger Weise bevorzugt wird. Das Bewußtsein, die Bevorzugung des einen zum Nachteil der anderen sei die notwendige Folge der Handlungsweise des Täters, schließt den Willen und die Absicht des Täters, diesen Erfolg herbeizuführen, in sich. Daß mit dem Willen, einen Gläubiger in der geschilderten Art zu bevorzugen, notwendig das Bewußtsein verbunden sein muß, eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger herbeizuführen, ist § 239 N. 34 erörtert. Der letztere Vorsatz würde an sich zur Bestrafung aus § 239 führen, die mildere Bestrafung des privilegierten Falls des § 241 erscheint aber gerechtfertigt, weil der Schuldner unter der entschuldbaren Vorstellung handelt, wenigstens einen seiner Gläubiger zu befriedigen. „Das Gesetz rechnet mit der Tatsache, daß es den Schuldner drängen kann, seine Verwandten, Freunde und solche Personen, die er in schweres Unglück gerissen, vor den anderen zu sichern"; Binding Lb. 1 443. Bezüglich des Verhältnisses des § 241 zu § 239 im übrigen s. N. 12. Über die Auffassung der Begünstigungsabsicht in der Literatur vgl. außer Binding aO. insbs. v. Liszt S. 465 N. 9, Neumeyer S. 187 (beide Absicht = Motiv), sowie Jäger N. 18, 19, Oppenh.-D. N. 5, Reichart GS. 48 322, Schmidt Bankbruch S. 199, Petersen-Kl. N. 7, Stenglein N. Strafnebenges. N. 10, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 211 N. 4.

Das RG. teilt im wesentlichen die hier vertretene Auffassung, wenn auch die Ausdrucksweise in den verschiedenen Urteilen schwankend ist. Das Urt. I 13. Feb. 82 R. 4 16 erkennt ausdrücklich an, daß Absicht nicht gleichbedeutend sei mit Beweggrund, von dem der Täter sich leiten lasse, oder Zweck, den er verfolge (ebenso III 6. Nov. 84 R. 6 708), erklärt aber im übrigen, daß das Bewußtsein des Eintritts einer unzulässigen Begünstigung des Gläubigers nicht genüge, sondern daß der Wille des Täters gerade auf Herbeiführung

dieses Erfolges gerichtet sein müsse. Das Urt. III 25. Feb. 82 R. 4 205 erläutert Absicht als das Bewußtsein, „einen Gläubiger im Verhältnis zu der bestimmten Qualität seiner Forderung und im Verhältnis zu der konkursmäßigen Befriedigung der übrigen Gläubiger zu bevorzugen," und II 10. Okt. 82 E. 7 142 bemerkt sogar, daß unter der Begünstigungsabsicht zu verstehen sei das Bewußtsein des Schuldners, daß die übrigen Gläubiger durch seine Hdlg. benachteiligt würden, oder doch ev. benachteiligt werden könnten. Demgegenüber wird in späteren Urteilen: II 17. Feb., IV 22. Sept. 93, E. 24 7, 255 (s. auch IV 17. Mai 95 E. 27 241 btr. StGB. § 288) unter Aufgabe der im zit. E. 7 142 entwickelten Ansicht der Begriff der Begünstigungsabsicht dahin näher bestimmt, daß darunter das Bewußtsein des Schuldners zu begreifen sei, durch seine Handlungsweise müßten seine übrigen Gläubiger benachteiligt werden; habe der Täter eine solche Benachteiligung als notwendige Folge der Sicherung o. Befriedigung, die er dem Gläubiger unberechtigt gewährte, voraussehen müssen, und habe er dennoch die Begünstigungshandlung vorgenommen, so sei auch sein Wille auf die Herbeiführung dieses Erfolges gerichtet gewesen, und etwas anderes, als das Vorhandensein dieses bestimmten Willens erfordere das Begriffsmerkmal der Absicht nicht.

Das Bewußtsein des Schuldners muß dahin gerichtet sein, daß dem Gläubiger gerade ein Anspruch auf die gewährte Sicherung o. Befriedigung mangelt. Erhält ein Gläubiger lediglich für eine fällige Forderung die vertragsmäßige Befriedigung, so fehlt sowohl objektiv das Merkmal einer unzulässigen Befriedigung (N. 6), wie subjektiv eine unerlaubte Begünstigungsabsicht selbst dann, wenn den übrigen Gläubigern infolgedessen nicht mehr genügende Mittel zur Befriedigung bleiben; RG. III 7. Juni 82 R. 4 541.

Eine Mehrheit benachteiligter Gläubiger wird begrifflich nicht erfordert, vielmehr kann der Tatbestand des § 241 auch vorliegen, wenn einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor einem einzigen anderen Gläubiger zu begünstigen, unzulässige Sicherung oder Befriedigung gewährt ist; RG. III 14. Okt. 86 R. 8 617. Ein Irrtum des Schuldners bezüglich der Rechte des Gläubigers ist nach allg. Grundsätzen zu berücksichtigen; die Annahme, daß der Gläubiger ein Recht auf die ihm gewährte Sicherung oder Befriedigung habe, schließt also die Strafbarkeit aus; RG. III 8. Feb. 83 R. 5 90, III 27. Feb. 88, I 13. Apr. 92, E. 17 220, 23 60 (64), v. Liszt S. 465, Oppenh.-D. N. 10. Da ZEinstllg. u. KEröffng. nicht Tatbestandsmerkmale, sondern Strafbarkeitsbedingungen sind (N. 1 u. § 239 N. 33), braucht das Bewußtsein des Schuldners auf diese Momente sich nicht zu erstrecken; es ist also nicht erforderlich, daß der Schuldner mit Rücksicht auf eine bereits eingetretene oder zu erwartende ZEinstllg. (KE.) gehandelt hat; aM. Stenglein RStrafnebenges. N. 10.

10) Die Frage nach Zeit und Ort der Begehung der Straftat, sowie nach Vollendung und Beginn der Verjährung bestimmen sich, da die Gläubigerbegünstigung nur eine Abart des B. ist (N. 1), nach den für den B. geltenden Grundsätzen. Es ist deshalb zu vergleichen § 239 N. 35. Das Delikt ist zu der Zeit und an dem Ort begangen, wann und wo die Begünstigung des Gläubigers erfolgt ist, und es ist an sich mit diesem Zeitpunkt vollendet. Die Verjährung beginnt aber, wenn die Begünstigungshdlg. vor der ZEinstllg. (KE.) vorgenommen ist, erst mit dieser. Die Praxis des RG. ist in der letzteren Beziehung übereinstimmend. Als Zeit und Ort der Tat gelten nach der Auffassung des RG. Zeit und Ort sowohl der Begünstigungshdlg. als der ZEinstllg. (KE.); vgl. die § 239 N. 35 zitt. E. 3 350, 7 391, 16 188, R. 4 48, 5 359; s. auch Neumeyer S. 188, Reichart GS. 48 324. Die bezüglich des Versuchs beim betrüglichen Bankerutt streitigen Fragen erledigen sich, da Versuch nach § 241 nicht strafbar, wenn auch an sich denkbar, ist; vgl. RG. II 26. März 97 E. 30 46. Daß für die nicht bevorzugten Gläubiger tatsächlich ein Nachteil eingetreten sei, bzw. daß im Endergebnis der Gläubiger mehr erhalten habe, als er ohne die Bevorzugung erhalten haben würde, ist zum Tatbestande nicht erforderlich; Stenglein RStrafnebenges. N. 8, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 211 N. 3a. Der Ersatz des zuviel Geleisteten oder der Umstand, daß die übrigen Gläubiger infolge besonderer Verhältnisse volle Befriedigung erhalten, ist also ohne Bedeutung; RG. 25. Okt. 79, 11. Dez. 80, R. 1 18, 2 626, IV 24. Sept. 97 E. 30 261.

11) Die Beurteilung der Teilnahme an dem Vergehen des § 241 regelt sich nach allg. Grundsätzen; es ist deshalb sowohl Anstiftung, wie Beihilfe Dritter denkbar. Mittäter können nur Personen sein, die selbst Schuldner sind. Über Mittäterschaft der Eheleute s. RG. II 23. Okt. 83 E. 9 161. Bestritten ist, ob und inwieweit auch der bevorzugte Gläubiger einer strafb. Teilnahme sich schuldig machen kann. Die Frage ist in der Theorie fast übereinstimmend verneint: Binding Lb. 1 492, v. Liszt S. 466, Merkel Lb. S. 333, Jäger N. 22, Dalcke G. 37 342, Kohler Leitfaden des D. Konkursr. S. 124, v. Kries ZStrW. 7 546 u. für das geltende Recht auch wohl Merkel in HH. 4 453, H. Meyer S. 601, Stenglein RStrafnebengef. N. 3, v. Völdernborff 3 42, Neumeyer S. 189, Reichart GS. 48 325, Zadeck GS. 40 561. AM. sind im wesentlichen: Berner S. 613 N. 2, Oppenh.-O. N. 12, Petersen-Kl. N. 9, Rüd.-St. N. 5, v. Sarwey-B. N. 2, Kleinfeller St. RStrafnebengef. § 211 N. 2 c, Schmidt Bankbruch S. 201, Wolff N. 3. Nach Absicht und Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist der ersteren Meinung der Vorzug zu geben. Das Delikt des § 241 ist als ein Delikt des Schuldners gedacht; die Tätigkeit des Gläubigers bei ihm stellt als sog. notwendige Teilnahme sich dar (N. 7), die nach allg. Grundsätzen (T. I Abschn. 3 N. 9, 11) nur dann strafbar ist, wenn dies als Absicht des Gesetzgebers erkennbar wird. Vorliegend ergeben nun die Motive zur KO., daß der Gesetzgeber bezüglich der Strafbarkeit des Gläubigers im Konkurse bewußt lediglich das unlautere Verhalten im Rahmen des § 243 hat unter Strafe stellen wollen, weitergehende landesgesetzliche Bestimmungen aber absichtlich als zu hart abgelehnt hat. Dies wird insbs. gegenüber den §§ 309, 341 der PrKO. hervorgehoben, wonach KGläubiger auch dann mit Strafe bedroht waren, wenn sie bei Kenntnis der ZEinstllg. zu ihrer Begünstigung einen besonderen Vertrag mit dem Gemeinschuldner eingingen. Die Motive (S. 461) sagen: die daraus sich ergebende Strafbarkeit des Gläubigers bei einem Vergehen des Schuldners aus § 211 (241) werde mit Recht als zu hart getadelt, der Gläubiger verfolge sein Recht und könne deshalb zivilrechtl. unwirksam handeln, aber nicht bestraft werden, was um so einleuchtender sei, als im einzelnen Falle häufig schwierig genug zu entscheiden sei, ob eine Hdlg., z. B. eine Annahme an Zahlungs Statt, unter den Begriff einer unstatthaften Begünstigung zu bringen sei, oder nicht. Aus dieser Stellung des Gesetzes folgt, daß das Verhalten des Gläubigers bei einer unter den § 241 fallenden strafb. Tätigkeit des Schuldners nicht für strafbar erachtet ist, insbs. also auch nicht die Teilnahme des begünstigten Gläubigers an der Begünstigungshdlg. des Schuldners. Dabei muß es als willkürlich bezeichnet werden, wenn man die Tätigkeit des Gläubigers verschieden beurteilen will, je nachdem sie in der Annahme der unzulässigen Vorteile, oder in der Bestimmung des Schuldners zur Gewährung solcher Vorteile besteht. Das Gesetz gibt zu solcher Unterscheidung, die überdies die Verhältnisse des täglichen Lebens durchaus verkennt (s. Stenglein RStrafnebengef. N. 3, v. Kries aO. 552, Neumeyer S. 190), keinerlei Berechtigung. Ist die Anstiftung zur Begünstigungshdlg. strafbar, so muß auch die Annahme der unzulässigen Befriedigung strafbar sein. Über die Praxis des RG. s. II 12. Nov. 80, I 27. Jan., III 21. Dez. 81, II 10. Feb. 82, IV 31. Jan. 90, E. 2 439, 4 1, 5 275, 435, 20 214, I 21. März 81, II 10. Jan. 82, R. 3 153, 4 28, sowie I ZS. 10. März 83 EZS. 8 92. Sie geht dahin, daß durch die bloße Annahme der Bevorzugung der Gläubiger einer Teilnahme an der Gläubigerbegünstigung sich nicht schuldig mache, was auch für den Bevollmächtigten des Gläubigers, der für den Gläubiger die unzulässige Sicherung oder Befriedigung annimmt, gelte (zit. E. 20 214), daß aber der Gläubiger wegen Anstiftung zu § 241 strafbar sein könne. Sei der Gläubiger über die gewissermaßen passive Rolle des bloßen Annehmens der Sicherung oder Befriedigung hinausgegangen, so liege kein Grund vor, von der Regel der Anwendbarkeit der allgem. Grundsätze des StGB. über Teilnahme eine Ausnahme zu machen; die bezweckte Rechtsverfolgung des Gläubigers bilde in solchem Falle nur das Motiv zur Anstiftung des Schuldners zu einer Straftat; dies Motiv aber sei für die Frage der Strafbarkeit des Anstifters unerheblich (zit. E. 5 435). Die Ausführungen des RG. sind nicht überzeugend und in den angegebenen Schriften, namentlich von Neumeyer, Zadeck, v. Kries u. Dalcke eingehend widerlegt; insbs. würdigt das RG. die Entstehungs-

geschichte des Gesetzes nicht in ausreichender Weise und übersieht, wie Neumeyer S. 190 mit Recht hervorhebt, regelmäßig, daß schon der § 309 der PrKO. alle Fälle eines Vertragsabschlusses seitens des begünstigten Gläubigers umfaßt, gleichgültig, ob die Anregung zu demselben von ihm oder dem Gemeinschuldner ausging, und daß somit aus der Zurückweisung dieser Bestimmung zu schließen ist, daß das Gesetz jede Tätigkeit des Gläubigers bei der Gläubigerbegünstigung straflos lassen wollte. Man wird also an der völligen Straflosigkeit des Gläubigers festhalten müssen.

12) Treffen mehrere Vergehen gegen § 241 bei derselben ZEinstllg. (KE.) zusammen, so liegt doch nur ein Vergehen vor; die Annahme von Realkonk. ist ausgeschlossen; RG. III 5. Feb. 83, 20. Okt. 84, IV 18. Sept. 85, R. **5** 86, **6** 640, **7** 517. Es ergibt sich dies ohne weiteres aus der Annahme, daß das Verg. gegen § 241 nur eine Abart des B. bildet. Die § 239 N. 37 entwickelten Grundsätze gelten deshalb auch hier; so: Berner S. 612, Binding Lb. **1** 442, Oppenh.-D. N. 13, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 11; aM.: Jäger N. 24, Neumeyer S. 188, Reichart GS. **48** 323. Ebenso kann aus den gleichen Erwägungen beim Zusammentreffen von § 240 und § 241 bei derselben ZEinstellg. (KE.) nur Idealkonk., nicht Realkonk. in Frage kommen; so RG. zit. R. **5** 86 u. IV 26. Sept., 17. Okt. 84, II 16. Juni 85, R. **6** 570, 633, **7** 399; aM. auch hier: Jäger, Neumeyer, Reichart aO. Bezüglich des Verhältnisses des § 241 zu § 239 ist festzuhalten, daß die Absicht, einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, an sich das Bewußtsein in sich schließt, die übrigen Gläubiger um dasjenige, was jener einzelne voraus erhält, zu benachteiligen; N. 9. Trotzdem kann es sich nicht um Idealkonk. zwischen §§ 239 u. 241 handeln, sondern der Tatbestand des § 241 ist der speziellere. Von dem Gesetzgeber ist die Tat, wenn der strafb. Vorsatz nur dahin geht, den einen Gläubiger zu begünstigen, für minder strafwürdig erachtet u. deshalb aus dem Tatbestande des § 239 ausgeschieden. Es liegt also eine Konkurrenz der Strafgesetze, nicht der Tatbestände vor, die zur Anwendung des spezielleren u. vorliegend milderen Gesetzes führen muß; § 239 N. 34. Eine Idealkonk. zwischen § 239 u. § 241 bei einer und derselben Hdlg. ist nur denkbar, wenn durch die gleiche Hdlg., worin die Absicht des Schuldners hervortrat, einen Gläubiger zu begünstigen, zugleich die Absicht sich kundgegeben hat, neben der beabsichtigten Begünstigung und unabhängig davon die Gläubigerschaft zu benachteiligen (§ 239 N. 34); RG. II 17. März 82 E. **6** 95, III 12. Juli 83 R. **5** 518. Begeht der Schuldner mit Bezug auf dieselbe ZEinstllg. (KE.) neben Hdlgen gegen § 241 auch solche gegen § 239, so handelt es sich um Idealkonk.; aM. Binding Lb. **1** 442, der in solchem Falle Strafbarkeit nur nach § 239 für vorliegend erachtet, und Hälschner **2** 422, der in diesem Falle Realkonk. annimmt. Im Verhältnis zu dem Vergehen gegen § 288 StGB. ist gleichfalls Idealkonk. denkbar; so RG. IV 31. Jan. 90 E. **20** 214; aM. Binding Lb. **1** 443 N. 5.

13) Die ordentliche Strafe ist Gefängnis bis zu 2 Jahren; durch die Novelle v. 17. Mai 1898 sind mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 f.) zugelassen, in welchem Falle wahlweise (jedoch nicht an erster Stelle) auf Geldstrafe bis zu 6000 M. erkannt werden kann (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt in 5 Jahren; StGB. § 67 Abs. 2; wegen des Beginns der Verjährung s. N. 10 u. § 239 N. 35.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

KO. § 242.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder bei Seite geschafft hat, oder
2. im Interesse eines solchen Schuldners, oder, um sich oder einem Anderen Vermögensvortheil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend gemacht hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark ein.

PrStGB. § 260. RStGB. § 282. Entw. § 212. Mot. S. 461. KO. 1877 § 212; durch G. v. 17. Mai 1898 nicht geändert.

1) Eine dem § 242 entsprechende durchaus ähnliche Bestimmung war bereits im § 260 PrStGB. enthalten, und mit dem § 282 RStGB. stimmt der § 242 abgesehen von den allg. Abweichungen der KO. vom StGB. und einer geringen Änderung in der Nr. 2 völlig überein. Durch die Novelle v. 17. Mai 1898 ist der §. nicht geändert.

Wenn auch die im § 242 mit Strafe bedrohten Hdlgen an sich durchaus selbständige Vergehungen und nicht bloße Teilnahmehdlgen am betrüglichen B. sind (N. 9), so ist doch nach Entstehungsgeschichte und Absicht der KO. nicht bedenklich, daß der Gesetzgeber sie als die Beteiligung Dritter an dem B. des Schuldners, mag dieser nun an sich strafbar sein, oder nicht, angesehen wissen will. Abgesehen davon, daß es nach den Motiven (S. 460) die Absicht des Gesetzgebers war, in seinen Bestimmungen „alle den Konkurs, die Z. Einstllg. betreffenden strafbaren Handlungen aller Personen zusammenzufassen", enthält auch ihrer inneren Natur nach die Bestimmung des § 242 nichts anderes, als eine Strafandrohung für vorsätzliche Benachteiligung der Rechte der Gläubigerschaft durch dritte Personen, die nur dadurch einen selbständigen Charakter empfängt, daß sie subjektiv, um dem Gemeinschuldner zu helfen, oder um sich selbst oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, begangen wird. Im übrigen bildet aber auch die Schuldnerbegünstigung ebenso, wie die Gläubigerbegünstigung nur eine Unterart des Bankeruttdelikts, und die allg. Fragen nach der Natur u. Bedeutung der ZEinstllg. u. KEröffng., sowie nach Vollendung, Verjährung, Zeit u. Ort der Begehung u. Zusammentreffen mehrerer Hdlgen sind deshalb auch hier nach den für den betrügl. B. entwickelten Grundsätzen zu entscheiden; N. 8. Wegen des Verhältnisses des § 242 insbs. zu § 239 bzw. zur Beihilfe zu diesem Verbr. s. N. 9.

2) Täter kann an sich jeder sein, auch ein Konkursgläubiger, nur selbstverständlich nicht der Gemeinschuldner selbst, in dessen Interesse die Hdlg. vorgenommen wird, und da die im § 244 aufgeführten Personen bezüglich der Strafbarkeit aus den §§ 239—241 völlig dem Gemeinschuldner gleichgestellt sind, auch diese Personen nicht. In letzterer Beziehung aM. Oppenh.-O. N. 3. Dagegen ist bei anderen Vertretern physischer oder juristischer Personen hinsichtlich ihrer das Vermögen der von ihnen vertretenen physischen oder juristischen Personen betreffenden Tätigkeit die Anwendbarkeit des § 242 nicht ausgeschlossen.

3) Die Nr. 1 schließt in objektiver Beziehung ganz der Nr. 1 des § 239 sich an. Über den Begriff des Schuldners, der ZEinstllg. und KEröffng., der Vermögensstücke u. ihrer Verheimlichung u. Beiseiteschaffung gilt alles bei § 239 zu diesen Begriffen Bemerkte. Es ist also aus § 239 zu vergleichen: zu Schuldner N. 2, ZEinstllg. u. KEröffng. N. 3—6, Vermögensstück N. 7, Verheimlichung u. Beiseiteschaffung N. 8. Begehbar ist die Tat sowohl vor, wie nach der ZEinstllg. o. KEröffng. So: Binding Lb. 1 444, Hälschner 2 419, Merkel HH. 3 823, Rüd.-St. N. 2, Stenglein RStrafnebenges. N. 2, v. Völderndorff 3 47, Schmidt Bankbruch S. 205. Die abweichende Ansicht von v. Sarwey-B. N. 2 u. v. Wilmowski N. 1, daß die Tat nur nach der ZEinstllg. u. KEröffng. begangen werden könne, entbehrt der Begründung, da der Wortlaut des Gesetzes „im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat 2c.", hier nicht anders zu verstehen ist, als in den vorangehenden Paragraphen; § 239 N. 5, 33, 35. Die verheimlichten oder beiseite geschafften Vermögensstücke müssen auch hier zu dem dem Zugriff der Gläubiger unterliegenden Vermögen des Schuldners gehören; § 239 N. 7.

4) Der objektive Tatbestand der Nr. 2 besteht in der Geltendmachung erdichteter Forderungen im Verfahren im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen, also (ähnlich wie in Nr. 2 des § 239; s. N. 9 das.) gegenüber der durch Nr. 1 getroffenen unmittelbaren Verminderung der zur Befriedigung der Gläubiger dienenden Aktivmasse in der durch Vergrößerung der Passivmasse herbeigeführten Verringerung. Die

strafb. Hdlg. aus Nr. 2 kann nur „in dem Verfahren" begangen werden. Unter Verfahren ist zunächst nur ein bei Gericht anhängig gemachtes Verfahren zu verstehen; etwaige außergerichtliche Verhandlungen des Schuldners mit seinen Gläubigern oder Dritten kommen nicht in Betracht, da bei ihnen von einem rechtlich erheblichen Geltendmachen von Forderungen nicht die Rede sein kann. Es kann aber weiter darunter nur ein nach Maßgabe der KO. anhängiges Verfahren verstanden werden, da es außer der KO. ein sonstiges die ZEinstllg. betreffendes Verfahren in den Prozeßordnungen nicht gibt. Nach den Bestimmungen der KO. nun, d. h. den §§ 104, 105, ist ein Verfahren anhängig, sobald der Schuldner oder ein Gläubiger die Eröffnung des Verfahrens beantragt hat; von diesem Zeitpunkte an, namentlich also auch schon in dem nach Maßgabe des § 105 Abs. 2 eingeleiteten Ermittelungsverfahren, kann das Delikt begangen werden; so: Oppenh.-O. N. 10, Petersen-Kl. N. 3, Rüd.-St. N. 6, v. Sarwey-B. N. 3, v. Schwarze N. 3 Unternote 3, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 5, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 212 N. 3, v. Wilmowski N. 4; aM. einerseits: Hälschner 2 419, Merkel HH. 3 823, Jäger N. 3, die unter dem „Verfahren" nur das eigentliche Kverfahren nach erfolgter Eröffnung des K. verstehen, andererseits v. Völdernborff 3 50, der auch außergerichtliche Vergleichsverhandlungen während des Verfahrens berücksichtigen will. Auf ein gerichtliches Verfahren, das außerhalb der KO. u. ohne Beziehung zur ZEinstllg. o. KEröffng. gegen den Schuldner anhängig ist (vgl. v. Wilmowski N. 4), kann die Bestimmung nicht bezogen werden, da die Strafvorschrift alsdann weiter (nicht: in dem Verfahren) hätte gefaßt werden müssen, die Strafbestimmungen der §§ 239 ff. aber auch überhaupt nur auf die den K. oder die ZEinstllg. des Schuldners betreffenden strafb. Hdlgen sich beziehen; s. aber N. 6 u. wg. der Fragestellung N. 12.

5) Über den Begriff der „Forderungen" s. das zu dem entsprechenden Begriff „Schulden" § 239 N. 9 Angeführte, zum Begriff „erdichtet" das daselbst N. 11 Bemerkte. Daß unter erdichteten Forderungen auch solche zu verstehen sind, welche nur teilweise erdichtet sind, ist auch für § 242 selbstverständlich, obwohl in diese Bestimmung die im § 239 enthaltenen Worte „ganz oder teilweise" nicht ausdrücklich aufgenommen sind; s. das § 239 N. 11 zit. **RG.** E. **24** 433.

6) Unter Geltendmachung ist jede Hdlg. zu verstehen, durch die der Dritte einen Anspruch auf Berücksichtigung, namentl. Befriedigung, seiner angeblichen Forderung erhebt. Den regelmäßigen Fall wird die Anmeldung der erdichteten Forderung im Kverfahren, oder die Beanspruchung eines ihr nicht zukommenden Pfand-Vorzugs- o. Stimmrechts oder drgl. bilden. Doch wird auch die Erhebung der Klage gegen die Kmasse hierher zu rechnen sein (so Stenglein RStrafnebengeſ. N. 5), da daraus der Anspruch auf Berücksichtigung, also eine Geltendmachung der Forderung im Verfahren unmittelbar sich ergibt.

Der Geltendmachung im eigenen Namen ist die durch vorgeschobene Personen gleichgestellt; es fällt also insbs. auch die Geltendmachung durch Zessionare, Bevollmächtigte und Vormünder hierunter. Daß die vorgeschobenen Personen von den Absichten des Täters Kenntnis haben müssen, wird aus dem Worte „vorgeschoben" nicht zu folgern sein, vielmehr können sie auch gutgläubig sein; Petersen-Kl. N. 3, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 5a.

7) In subjektiver Beziehung ergibt sich zunächst aus dem Inhalt der Strafbestimmung, da eine fahrlässige Verheimlichung o. Beiseiteschaffung von Vermögensstücken, ebenso wie eine fahrlässige Geltendmachung erdichteter Forderungen begrifflich ausgeschlossen ist, daß das Delikt gegen § 242 im ganzen Umfange nur vorsätzlich begangen werden kann. Außerdem wird vom Gesetze erfordert zu Nr. 1, daß die Tat im Interesse des Gemeinschuldners, zu Nr. 2, daß sie ebenso oder, — also alternativ — um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, begangen ist. Unter dem ersteren Erfordernis ist zu verstehen, daß die Hdlg. geschehen sein muß „in der Absicht, das Interesse des Gemeinschuldners wahrzunehmen, also dessen Vorteil durch die Beiseiteschaffung der Gegenstände zu fördern;" **RG.** IV 13. Jan. 91 **E. 21** 291, v. Wilmowski N. 1, Schmidt Bankbruch S. 206. Der Regelfall wird sein. daß das verheimlichte

oder beiseite geschaffte Vermögensstück dem Schuldner erhalten bleiben soll. Interesse ist danach gleichbedeutend mit Vermögensinteresse; ob der Vorteil des Gemeinschuldners ein dauernder oder nur ein zeitweiser ist, ist ohne Bedeutung; Schmidt aO. Aus dem Begriff der Wahrnehmung des Interesses des Schuldners ergibt sich aber, da ein Vorteil des Gemeinschuldners gleichzeitig eine Benachteiligung seiner Gläubiger untrennbar mit sich führt, weiter, daß das Bewußtsein des Täters auch eine solche Benachteiligung der Gläubiger mitumfassen muß; so: Berner S. 613, Binding Lb. 1 444, Hälschner 2 419; aM.: Merkel HH. 3 824, Oppenh.-D. N. 4. Daß die Wahrnehmung des Interesses des Gemeinschuldners der ausschließliche oder Endzweck des Täters, oder der Beweggrund seines Handelns sei, ist — entsprechend dem § 239 (das. N. 34) — auch hier nicht zu erfordern; es genügt, daß das Bewußtsein des Täters beides als die notwendige Folge seiner Handlungsweise mitumfaßt. Ob der Täter im Falle der Nr. 1 gleichzeitig einen eigenen Vorteil erstrebt, ist ohne Bedeutung; jedenfalls wird dadurch die Annahme eines Handelns im Interesse des Schuldners nicht ausgeschlossen; Stenglein RStrafnebengeſ. N. 3. Der Begriff eines Vermögensvorteils i. S. der Nr. 2 ist der allgemeine; vgl. StGB. § 263 N. 43 ff. Daß der erstrebte Vermögensvorteil ein rechtswidriger sei, wird im Gesetz nicht erfordert; so v. Liszt S. 466. Dagegen bemerkt Binding Lb. 1 444 (vgl. auch Lb. 2 264 N. 2), der Vermögensvorteil könne überhaupt „kein anderer, als ein rechtswidriger, die Befriedigung seiner fingierten Forderung sein;" ebenso: Hälschner 2 420, Petersen-Kl. N. 3, Kleinfeller StRStrafnebengeſ. § 212 N. 3b, v. Völderndorff 3 48 N. 13. Diese Ansicht dürfte übersehen, daß die Rechtswidrigkeit des Mittels zur Befriedigung noch nicht ohne weiteres den erstrebten Vermögensvorteil selbst zu einem rechtswidrigen macht. Es ist sehr wohl denkbar, daß jemand eine an sich begründete, aber nicht nachweisbare, Forderung hat und, um zu dieser zu kommen, eine fingierte Forderung geltend macht. Dann ist nicht der erstrebte Vorteil selbst, sondern nur das Mittel, ihn zu verwirklichen, rechtswidrig; StGB. § 263 N. 45 Abs. 3a. Auch ein solcher Fall würde aber dem § 242 Nr. 2 unterstehen. Auf die stattgehabte oder bevorstehende ZEinstllg. (KE.) des Gemeinschuldners braucht auch im Falle des § 242 das Bewußtsein des Täters sich nicht zu erstrecken, da auch hier diese Momente nicht Tatbestandsmerkmale, sondern lediglich Voraussetzungen für die Strafbarkeit des Täters bilden.

8) Vollendet ist die Tat mit der vollendeten Verheimlichung oder Beiseiteschaffung der Vermögensstücke oder der Geltendmachung der erdichteten Forderung in dem Verfahren. Ebenso bestimmen sich Zeit u. Ort der Begehung nach Zeit u. Ort der Begünstigungshdlg.; Zeit u. Ort der ZEinstllg. (KE.) sind ohne Bedeutung; die Verjährung beginnt aber, wenn ZEinstllg. (KE.) der Begünstigungshdlg. nachfolgen, erst mit der ZEinstllg. (KE.); §§ 239 N. 35, 240 N. 24, 241 N. 10. Ein bestimmter Erfolg ist auch zum Tatbestande des § 242 nicht erforderlich; es ist also gleichgültig, ob der Gemeinschuldner oder der Täter tatsächlich einen Vermögensvorteil erlangt, oder ob tatsächlich eine Schädigung der Gläubiger eingetreten ist. Der Versuch ist, da die Tat ein Verbr. i. S. des StGB. bildet, nach § 43 StGB. strafbar; s. auch § 239 N. 35.

9) Sehr streitig ist das Verhältnis des § 242 zu der Beihilfe zum betrügl. B. Während einzelne — insbs.: Rüd.-St. § 212 N. 8, v. Völderndorff 3 44 u. auch Jäger N. 1 u. 9 — davon ausgehen, § 242 enthalte eine selbständige und erschöpfende Regelung der Teilnahme am betrügl. B., neben der eine weitere strafb. Gehilfenschaft zum betrügl. B. rechtlich nicht möglich sei, wird im übrigen überwiegend anerkannt, daß die Teilnahme am betrügl. B. an sich durchaus nach allg. Grundsätzen sich bestimme (vgl. auch § 239 N. 36), und daß neben der Beihilfe auch das Verbr. gegen § 242 denkbar sei. Über das Verhältnis des § 242 zu einer etwaigen Beihilfe zum betrügl. B. aber gehen die Ansichten wieder erheblich auseinander, indem teils das Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz oder der Subsidiarität der Strafbestimmungen angenommen, teils Idealkonk. oder sogar Realkonk. zwischen § 242 u. §§ 239, 49 StGB. für möglich gehalten und wieder von anderen, je nach der Verschiedenheit der einzelnen Fälle, Gesetzeskonk. oder Ideal- oder Realkonk. als denkbar angesehen wird. Zu vergleichen ist: Binding Lb. 1 444, Hälschner 2 420, Merkel Lb. 334 u. HH. 3 823,

H. Meyer S. 601, Oppenh.-D. N. 2, Petersen-Kl. N. 4, 5, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 9 Kleinfeller daſ. 1. Aufl. § 212 N. 5b, v. Wilmowski N. 1, Neumeyer S. 180, Schmidt Bankbruch S. 205, v. Kries, Frank, ZStrW. 7 543, 14 444, Reichart GS. 48 331. Vom RG. wird die Auffassung vertreten, daß rechtlich der Annahme einer Idealkonk. zwischen § 242 u. § 239 i. V. mit StGB. § 49 nichts entgegenstehe; IV 29. Nov. 87 R. 9 684, 13. Jan. 91 E. 21 291; ſ. auch I 17. Jan. 84 E. 9 430. Der Ansicht des RG. ist beizustimmen. Daß die Bestimmung des § 212 nicht lediglich Teilnahmehdlgen zum betrügl. B. regeln will, ergibt sich schon daraus, daß § 242, wie nach seinem Inhalt nicht zu bezweifeln ist, einen betrüglichen oder nur sonst strafbaren B. des Gemeinschuldners überhaupt nicht voraussetzt, sondern daß das Delikt aus ihm auch ohne jede strafb. Tätigkeit des Gemeinschuldners begehbar ist, so daß von der Bestrafung einer bloßen Gehilfentätigkeit bei § 242 überhaupt nicht gesprochen werden kann. Im übrigen geht RG. mit Recht davon aus, daß keinerlei allg. strafrechtl. Grundsätze die Möglichkeit einer Idealkonk. zwischen KO. §§ 242 u. 239 i. V. mit StGB. § 49 ausschließen. Befindet der Täter aus § 242 bei Vornahme der Hdlg. sich im Einverständnisse mit dem Gemeinschuldner, u. handelt letzterer mit dem im § 239 vorgesehenen Dolus, so enthält die im Interesse des Gemeinschuldners ausgeführte Hdlg. eben neben der Zuwiderhdlg. gegen § 242 zugleich eine Beihilfehdlg. zu der Tat des Gemeinschuldners. Auch die Annahme, daß derj., welcher im Interesse des Gemeinschuldners Sachen desselben beiseite schafft, gleichzeitig auch den Willen hat, durch seine Hdlg. die auf Benachteiligung seiner Gläubiger gerichtete Tat des Gemeinschuldners zu unterstützen u. zu fördern (zit. RG. E. 21 293), ist rechtlich durchaus denkbar. Anzuerkennen ist, daß tatsächlich die Möglichkeit, eine aus § 242 strafb. Hdlg. werde zugleich als Beihilfe zu einem Verbr. gegen § 239 sich darstellen, nur selten eintreten wird, ja daß bei einigen der im § 239 aufgestellten Straffälle das Vorliegen solcher Beihilfe tatsächlich ausgeschlossen sein mag; dadurch wird aber die rechtliche Möglichkeit solcher Konkurrenz im allg. nicht beseitigt. Die Annahme einer Gesetzeskonk. ist ausgeschlossen, weil der Tatbestand des § 242 begrifflich den Tatbestand der Beihilfe zum betrügl. B. keineswegs mit enthält. Von Realkonk. kann nach den allgemeinen N. 11 u. § 239 N. 37 erörterten Grundsätzen nicht die Rede sein.

10) Die Teilnahme an dem Verbrechen gg. § 242 selbst ist ebenfalls nach allgem. Grundsätzen zu beurteilen. Der Gemeinschuldner selbst kann unter Umständen der Anstiftung sich schuldig machen; so: Oppenh.-D. N. 5, Petersen-Kl. N. 1, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 1, Kleinfeller daſ. 1. Aufl. § 212 N. 2; aM. Binding Lb. 1 444.

11) Macht ein Täter mehrerer Vergehungen gg. § 242 sich schuldig, so stehen diese, da das Verbr. der Schuldnerbegünstigung nur eine Abart des B. bildet, nach den zum betrügl. B. entwickelten Grundsätzen (§ 239 N. 37), soweit sie auf dieselbe ZEinstllg. (KE.) sich beziehen, nicht im Verhältnis der Realkonk. zueinander, sondern es liegt nur ein Verbr. gg. § 242 vor; so RG. III 3. Nov. 80 R. 2 437; aM. Oppenh.-D. N. 5a, der Realkonk. annimmt. Mit dem Verg. gg. StGB. § 257 (daſ. N. 54) kann das Delikt gg. § 242 ideell konkurrieren (RG. IV 29. Nov. 87 R. 9 684), u. ebenso ist bezüglich des Tatbestandes des § 242 Nr. 2 Idealkonk. mit Betrug (StGB. § 263) denkbar; Jäger N. 8, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 6.

12) Die ordentliche Strafe ist Zuchthaus v. 1—10 J.; bei mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 f.) tritt Gefängnisstrafe v. 1 Tag bis 5 J. oder (wahlweise, jedoch nicht an erster Stelle) Geldstrafe von 3—6000 M. ein (StGB. § 27). Nebenstrafen können aus StGB. §§ 32, 35 erkannt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach StGB. § 67 in 10 Jahren. Wegen des Beginns der Verjährung ſ. N. 8.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 73, 80.

13) In prozessualer Beziehung vgl. § 239 N. 40, 41. Die Fragestellung aus Nr. 2 wird, wenn ihre Verständlichkeit nicht aus vorangehenden Fragen sich ergibt, die Gesetzesworte „eines solchen Schuldners" nach Maßgabe der Nr. 1 aufzulösen haben, dagegen bedürfen die Worte „in dem Verfahren", auch wenn es nur um ZEinstllg. sich handeln

sollte, keiner näheren Umschreibung, vielmehr ist die Subsumtion, was unter Verfahren zu verstehen, Sache der Geschworenen; RG. II 24. Nov. 05 E. 38 . Bei allein vorliegender ZEinstllg. wird allerdings das Verbr. begrifflich nur denkbar sein, wenn es mindestens zu einem nach Maßgabe der KO. § 105 Abs. 2 eingeleiteten Ermittelungsverfahren gekommen ist; s. oben N. 4.

KO. § 243.

Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder anderen Personen besondere Vortheile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, daß er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft.

PrStGB., RStGB. fehlen. PrKO. §§ 309, 341. Entw. § 213. Mot. S. 461. KO. 1877 § 213; durch G. v. 17. Mai 1898 nicht geändert.

1) Der sog. Stimmverkauf ist erst durch die RKO. in die Strafbestimmungen eingeführt, doch war eine ähnliche Vorschrift im Anschluß an das französische Recht (s. Schmidt Bankbruch S. 211) schon in der PrKO. §§ 309, 341 gegeben. Entsprechende Vorschriften finden sich auch im RStGB. § 109, HGB. § 317 u. GenG. (F. v. 20. Mai 1898) § 151. Durch die Novelle v. 17. Mai 1898 ist die Vorschrift nicht geändert. Nach den Motiven (S. 461) richtet sich die Bestimmung des § 243 gegen „unlauteres Verhalten der Gläubiger im KVerfahren" u. soll ein „notwendiges Korrelat" bilden „zu der Möglichkeit, daß ein Gläubiger durch seine Abstimmung auf die Rechte der übrigen Gläubiger zwingend einwirkt". Das Verg. des § 243 steht mit den übrigen Bdelikten (§§ 239—242) nur in einem äußeren Zusammenhange. ZEinstllg. des Gemeinschuldners o. KEröffng. bilden hier nicht die gemeinsame, die Einheit des Delikts vermittelnde Voraussetzung der Strafbarkeit, sondern die KEröffng. kommt nur als die tatsächliche und äußere Grundlage für Begehung der Tat in Frage. Den Grund der Strafbarkeit bildet auch nicht die Gefährdung der übrigen Gläubiger, die gar nicht einzutreten braucht, sondern die auf dem Eigennutz des Täters beruhende, dem Rechte widersprechende Bindung seines Willens. Es handelt sich somit überhaupt nicht um ein eigentliches Bdelikt, sondern um eine Form des strafb. Eigennutzes, u. das Delikt ist nur äußerlich, weil „im Kverfahren" begangen, den Strafbestimmungen über den B. angereiht; so: RG. IV 8. Jan. 97 E. 29 304 (309), Binding Lb. 1 445, Jäger N. 1; aM. Schmidt Bankbruch S. 210.

2) Als Täter wird im Gesetz lediglich „ein Gläubiger" bezeichnet, doch ergibt sich aus den Bestimmungen des §., daß nur solcher Gläubiger in Frage kommt, der im K. des Gemeinschuldners an den Abstimmungen der Kgläubiger teilnehmen kann. Daraus folgt, daß die Tat nur vom stimmberechtigten Kgläubiger begangen werden kann, wenn es auch nicht erforderlich ist, daß der Gläubiger tatsächlich seine Forderung im K. bereits angemeldet hat, oder daß ihm ein Stimmrecht bereits eingeräumt ist. Absonderungsberechtigte Gläubiger kommen danach nur soweit in Betracht, als sie zugleich K.gläubiger sind, d. h. wenn sie auf abgesonderte Befriedigung verzichtet haben, oder soweit sie für ihren vermutlichen Ausfall ein Stimmrecht beanspruchen können (§§ 64, 96 KO.). Auch von demj., dem eine Forderung nur zum Schein übertragen ist, kann, da er nach außen die Rechte des Gläubigers voll ausübt, das Verg. begangen werden; dagegen wird der, welcher nur vorspiegelt, stimmberechtigter Gläubiger zu sein, das Delikt nicht verüben können, u. ebensowenig kann ein Bevollmächtigter, der gegen Entgelt nach den Weisungen seines Mandanten stimmt, unter die Strafbestimmung fallen; so: Oppenh.-D. N. 2, Petersen-Kl. N. 1, v. Sarwey-B. N. 2, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 1, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 213 N. 2, v. Völdernborff 3 52, v. Wilmowski N. 1; vgl. auch Staub § 317 N. 6, 7, Katz Die strafrechtl. Bestimmungen des HGB. S. 40; aM. zum Teil: Jäger N. 2, Schmidt Bankbruch S. 212.

3) Der objektive Tatbestand setzt zunächst einen Konkurs des Schuldners voraus, doch kann aus dem Wortlaut des G. „welcher sich vom Gemeinschuldner . . . .

hat versprechen lassen" und dem Gebrauch des Perfektums hierbei nicht gefolgert werden, daß die Tat nur in einem schwebenden K. begangen werden kann, vielmehr ist ihre Verübung auch mit Rücksicht auf einen bevorstehenden K. denkbar. In letzterem Falle ist die Strafbarkeit durch den Eintritt des K. bedingt; so: Petersen-Kl. N. 3, v. Sarwey-B. N. 2, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 5, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 213 N. 3c; aM.: Hälschner 2 423, Jäger N. 4, v. Völderndorff 3 52. Auf außergerichtliche Vergleichsverhdlgen des Gemeinschuldners mit seinen Gläubigern können die Bestimmungen dagegen nicht bezogen werden; Oppenh.-O. N. 1.

4) Die Vereinbarung zwischen dem Schuldner oder Dritten u. dem Gläubiger ist eine dem Kauf ähnliche Verabredung, und wenn auch die zivilrechtlichen Grundsätze über Kauf nicht anwendbar sind (vgl. StGB. § 109 N. 1 u. RG. I 3. Apr. 82, 9. Apr. 88, E. 6 194, 17 296), so ist doch immerhin eine ausdrückliche oder aus schlüssigen Hdlgen zu entnehmende Willenseinigung beider Teile erforderlich, wonach der eine Teil zur Gewährung der Vorteile, der andere zur Stimmabgabe in einem bestimmten Sinne sich verpflichtet; RG. zitt. E. 6 194, 17 296, IV 24. März 85, III 9. Jan. 88, E. 12 122, 17 101. Da das Rechtswidrige der Hdlg. darin liegt, daß der Gläubiger die Freiheit seiner Abstimmung durch die Vereinbarung gebunden hat, ist es ohne Bedeutung, ob der Gläubiger auch ohne die Vereinbarung in demselben Sinne gestimmt haben würde (StGB. § 109 N. 3 a); Hälschner 2 423. Beabsichtigt dagegen der Gläubiger von vornherein garnicht, seinem Versprechen nachzukommen, sondern spiegelt er dies dem Stimmkäufer nur vor, so steht ein Stimmverkauf überhaupt nicht in Frage; so v. Liszt S. 466; aM.: Stenglein RStrafnebengeſ. N. 4, Jäger N. 4.

Die Zusage des Gläubigers, in gewissem Sinne zu stimmen, muß auf „Abstimmungen der Konkursgläubiger" sich beziehen. Daraus folgt, daß die Abstimmung noch bevorstehen muß, so daß die Annahme eines Entgelts für eine bereits stattgehabte Abstimmung nicht unter die Strafbestimmung fällt. Von besonderem Gewicht ist die Vorschrift, wie die Mot. hervorheben (S. 461), bei einem Zwangsvergleich; sie bezieht sich aber auch auf jede sonstige verbindliche Beschlußfassung der Gläubiger in einer Gläubigerversammlung oder im Gläubigerausschuß, während die vereinbarte Erhebung oder Nichterhebung von Einwendungen, Widersprüchen u. drgl. nicht strafbar ist. Daß die Gläubigerabstimmung schon dem Termin nach festgesetzt sei, ist nicht erforderlich; Stenglein RStrafnebengeſ. N. 5, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 213 N. 3c.

5) Der Inhalt der Willensvereinigung muß dahin gehen, daß der Gläubiger bei der Abstimmung „in einem gewissen Sinne" stimme. Daß der Inhalt der Stimmabgabe genau festgesetzt wird, kann nicht gefordert werden, es genügt, daß die Richtung der Abstimmung dem Gläubiger vorgeschrieben ist. Ebensowenig ist erforderlich, daß durch die vereinbarte Abstimmung eine Gefährdung der übrigen Gläubiger herbeigeführt werde. Wesentlich ist nur, daß der Gläubiger des Rechts, nach seiner Überzeugung zu stimmen, sich begibt. Dagegen kann die bloße Verpflichtung des Gläubigers, der Stimmabgabe sich zu enthalten, nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht hierher gerechnet werden; vgl. StGB. § 109 N. 3 u. die dort Zitierten, sowie HGB. § 317; so: Jäger N. 5, Petersen-Kl. N. 3, v. Sarwey-B. N. 2, Kleinfeller StRStrafnebengeſ. § 213 N. 3d, v. Völderndorff 3 53; aM. v. Liszt S. 466.

6) Unter den „besonderen Vorteilen" i. S. des Gesetzes sind solche zu verstehen, die der Gläubiger, wenn die Vereinbarung nicht geschlossen wäre, nicht bekommen haben würde, die sich also insbs. den übrigen Gläubigern gegenüber als Sondervergütung darstellen. Im übrigen ist der Begriff Vorteile nicht auf Vermögensvorteile zu beschränken; es fällt deshalb auch die Gewährung anderer materieller Vorteile unter die Strafbestimmung, während die Gewährung oder die Inaussichtstellung bloß ideeller Vorteile, wie Befriedigung der Eitelkeit, nicht hierher zu rechnen ist; vgl. StGB. §§ 257 N. 39, 259 N. 19, 331 N. 3. So: v. Liszt S. 466, Petersen-Kl. N. 2, v. Sarwey-B. N. 2, Stenglein RStrafnebengeſ. N. 2; aM. einerseits: Jäger N. 6, Merkel S. 334, die nur „pekuniäre Vorteile" hierher zählen, andererseits Katz Die strafrechtl. Vorschriften des HGB. S. 41

(btr. der gleichen Vorschrift des HGB. § 317), sowie Mugler Der Begriff des Vort. im D. Strafr. S. 10, 25, u. Jordan Die Strafbarkeit des Stimmenkaufs im Aktienr. S. 55, die auch Vorteile rein ideeller Natur berücksichtigen wollen.

Von wem die Vorteile geleistet werden, ist ohne Bedeutung; das Gesetz bezeichnet den „Gemeinschuldner oder andere Personen" als die Gewährenden oder Versprechenden. Daraus folgt, daß einmal jeder beliebige Dritte als Leistender in Betracht kommen kann und zweitens, daß es nicht darauf ankommt, aus wessen Vermögen die Vorteile herstammen, daß sie insbs. nicht aus den eigenen Mitteln des Täters gegeben zu werden brauchen. Ob in der Entschädigung für Zeitverlust oder ähnlichem die Gewährung von Vorteilen zu finden (s. Stenglein RStrafnebenges. N. 4), wird wesentlich Tatfrage des einzelnen Falles sein; unter solcher Abmachung wird sich vielfach das Versprechen besonderer Vorteile verstecken können.

7) Die Begriffe „sich gewähren oder versprechen lassen" sind die allgemeinen; es ist deshalb zu vergleichen StGB. §§ 302a N. 3, 11_3, 331 N. 7. Unter Sichgewährenlassen insbs. ist auch hier nur die Annahme von nicht vorher versprochenen Vorteilen zu verstehen; RG. II 26. Apr. 81 E. 4 109.

8) In subjektiver Beziehung ergibt sich aus dem Inhalt des Gesetzes ohne weiteres, daß das Delikt nur vorsätzlich begangen werden kann, da die Tat eine Willensübereinstimmung des Gläubigers und des Gegenkontrahenten über die gegen Gewährung von Vorteilen bedungene Stimmabgabe des Gläubigers voraussetzt. Der Vorsatz des Täters muß den ganzen Tatbestand umfassen, also namentlich auch, daß er Vorteile erhält oder sich versprechen läßt, die er anderenfalls nicht bekommen würde, und daß diese Vorteile die Gegenleistung für den Stimmverkauf bilden. Daß die Absicht auf eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger oder überhaupt auf eine an sich tadelnswerte Abstimmung gerichtet sei, ist nicht erforderlich; Hälschner 2 423, Merkel Lb. S. 334 u. HH. 4 454.

9) Vollendet ist der Tatbestand, je nachdem es um ein „Versprechenlassen" oder „Gewähren" der Vorteile sich handelt, mit Abschluß der Vereinbarung oder mit der Annahme der Vorteile, da hierdurch der rechtswidrige Stimmverkauf endgültig zustande gekommen ist; RG. IV 24. März 85 E. 12 122. Es ist deshalb einmal nicht erforderlich, daß es überhaupt zu einer Stimmabgabe des Gläubigers kommt, oder daß der Gläubiger bei der stattfindenden Abstimmung seine Stimme wirklich in dem vereinbarten Sinne abgibt, und es ist andererseits gleichgültig, ob dem Gläubiger die versprochenen Vorteile demnächst tatsächlich gewährt werden oder nicht; so die GM.; abweichend v. Völdernbdorff S. 51 u. 53. Das bloße Erbieten des Gläubigers, seine Stimme gegen Entgelt in einem gewissen Sinne abzugeben, ohne Annahme des Gegenkontrahenten würde nur einen — straflosen — Versuch des Delikts enthalten..

10) Die Frage nach der Strafbarkeit der Teilnahme an dem Delikt bestimmt sich an sich nach allg. Grundsätzen; es können also Dritte sowohl der Anstiftung wie der Beihilfe sich schuldig machen. Der Dolus des Anstifters braucht nicht darauf gerichtet zu sein, daß der Gläubiger tatsächlich in dem Sinne des Stimmkäufers stimme, sondern nur darauf, daß der Gläubiger die Stimmabgabe in diesem Sinne ernstlich zusage; Stenglein RStrafnebenges. N. 1. Zweifelhaft ist, ob Anstiftung u. Beihilfe auch bezüglich des Gemeinschuldners oder des Dritten, von dem der Stimmverkauf ausgeht, möglich ist. Die Frage wird, wie die entsprechende Frage der Teilnahme des bevorzugten Gläubigers an dem Vergehen des KO. § 241 (das. N. 11), in der Literatur verschieden beantwortet. Für die Verneinung: Binding Lb. 1 445, Jäger N. 10, v. Liszt S. 466, Meyer S. 742, v. Völdernbdorff 352, Katz Die strafrechtl. Vorschr. des HGB. S. 40 (btr. HGB. § 317), v. Kries ZStrW. 7 546; für die Bejahung: Merkel HH. 4 454, Oppenh.-D. N. 8, Petersen-Kl. N. 4, v. Sarwey-B. N. 2, Stenglein RStrafnebenges. N. 1, Kleinfeller das. 1. Aufl. § 213 N. 2, v. Wilmowski N. 1, Wolff KO. N. 3, Jordan Die Strafbarkt. des Stimmenk. im Aktienr. S. 25, Schmidt Bankbruch S. 23. Das RG. IV 24. März 85, 8. Jan. 97, E. 12 122, 29 304 hält den Gemeinschuldner und Dritte, die die Stimmabgabe des Gläubigers sich versprechen lassen, soweit sie lediglich die zur Herstellung des Tatbestands unbedingt erforderliche Tätigkeit entwickeln,

insbs. also, wenn sie nur die zu der tatbestandlichen Willenseinigung notwendige Willenserklärung abgeben, für straflos, weil diese Tätigkeit über den Rahmen der sog. notwendigen Teilnahme nicht hinausgehe, dagegen erachtet es sie für strafbar, wenn sie die Grenzen solcher Tätigkeit überschreiten; namentlich stehe kein Grund entgegen, diejenige versuchte Einwirkung auf den Willen des Gläubigers, die in diesem erst den Entschluß wecke oder zur Reife bringe, die vorsätzliche Hdlg. zu begehen, nicht unter dem Gesichtspunkt der Anstiftung zu betrachten. Aus den N. 11 zu § 241 entwickelten Gründen, die für die vorliegende Frage entsprechende Geltung haben, kann der Auffassung des RG. nicht zugestimmt werden, insbs. bietet auch bezüglich des § 243 das Gesetz zu einer verschiedenartigen Beurteilung der Tätigkeit des Gemeinschuldners oder Dritten je nach dem Umfange dieser Tätigkeit keinen Anhalt. Die Strafbarkeit des Stimmkäufers wird deshalb ohne Einschränkung zu verneinen sein.

11) Für mehrere Verstöße desselben Gläubigers gegen § 243 gilt nichts Besonderes; sie stehen zueinander an sich im Verhältnis der Realkonk. Da der Stimmkäufer nach der hier vertretenen Ansicht wegen Anstiftung o. Beihilfe nicht strafbar ist, ist für den Gemeinschuldner der Fall eines Zusammentreffens von Anstiftung o. Beihilfe zu § 243 mit B. (§§ 239—241) nicht denkbar. Hält man, wie das RG., die Annahme einer strafb. Beteiligung des Stimmkäufers an dem Verbr. gg. § 243 für möglich, so steht bei der Selbständigkeit dieses Delikts der Annahme, daß Teilnahme des Gemeinschuldners daran u. Bankerutt in Realkonk. begangen werden können, nichts entgegen; RG. IV 8. Jan. 97 E. **29** 304 (309). Wegen des Verhältnisses des § 243 zu StGB. § 253 (Idealkonk., nicht Gesetzeskonk.) vgl. RG. IV 2. Okt. 03 G. **51** 46.

12) Die Strafe beträgt wahlweise Geldstrafe v. 3—3000 M. o. Gef. v. 1 Tag bis 1 Jahr. Da die Geldstr. an erster Stelle angedroht ist, kann sie für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden; StGB. § 28 N. 6.

Die Strafverfolgung verjährt in 5 J. (StGB. § 67_2); ist die Tat vor Ausbruch des Konkurses begangen, so beginnt die Verjährung mit der KEröffng.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

KO. § 244.

Die Strafvorschriften der §§. 239—241 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

PrStGB., RStGB. fehlen. Entw. § 214. Mot. S. 462. KO. 1877 § 214; durch G. v. 17. Mai 1898 nicht geändert.

1) § 244 enthält keine selbständige Strafvorschrift, sondern erweitert nur den Kreis der Personen, auf welche die Vorschriften der §§ 239—241 KO. Anwendung finden. Eine solche Erweiterung war erforderlich, weil der Tatbestand des B. an sich Personenidentität zwischen demj., der seine Zahlungen einstellt, u. demjenigen, der die Bankerutthdlg. verübt, voraussetzt (§ 239 N. 2). Bei strenger Durchführung dieses Grundsatzes würden Bankerutthdlgen von Organen der in K. verfallenen Gesellschaften oder von Liquidatoren, da diese nicht selbst die Gemeinschuldner, sondern nur deren Vertreter sind, ohne Strafe bleiben (vgl. RG. III 26. Mai 87 E. **16** 125), und es würden damit weiter sowohl die Gläubiger der Gesellschaft oder Genossenschaft wie die Aktionäre u. Genossenschafter der Leichtfertigkeit u. den Umtrieben der Vorstandsmitglieder preisgegeben sein; Mot. S. 462. Diesem Mangel sollte der § 244 abhelfen. Über die historische Entwickelung dieser Bestimmung vgl. Schmidt Bankbruch S. 215.

2) Durch § 244 wird die Anwendung der Vorschriften der §§ 239—241 für zulässig erklärt gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellsch. o. eingetragenen Ge-

nossenschaft u. gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellsch. o. GG.; vgl. HGB. §§ 231, 146 f., 161_2, 294, 331; GenG. (F. v. 20. Mai 1898) § 24. Bezüglich der Liquidatoren kommt es also auf die Art der HandelsG. nicht an; eine gleiche Vorschrift, wie für die Vorstandsmitglieder einer AktienG., auch für die offene HandelsG., die KommanditG. und die KommanditG. auf Aktien zu geben, war nicht erforderlich, weil die Teilhaber einer offenen HandelsG. u. die persönlich haftenden Gesellschafter einer KommanditG. unmittelbar Schuldner sind, auf sie also die Strafbestimmungen der KO. direkt Anwendung finden können; RG. II 5. Juli 01 E. 34 374 (380). Die Bestimmungen des § 244 finden nach EGKO. § 6 entsprechende Anwendung auf registrierte Gesellschaften, die auf Grund des BayerG. v. 29. Apr. 1869 btr. die privatr. Stellung der Erwerbs- u. WirtschaftsG. bestehen (vgl. EGBGB. Art. 165); u. die Strafvorschriften der §§ 239—241 sind ferner für anwendbar erklärt durch GmbHG. (F. v. 20. Mai 1898) § 83 gegen die Geschäftsführer (§ 35) einer Gesellsch. m. b. H. u. durch PrivVUntG. v. 12. Mai 1901 § 112 (s. auch § 113) gegen die Mitglieder des Vorstands u. die Liquidatoren eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit. Eine ähnliche Bestimmung enthält DepotG. v. 12. Juli 1896 § 12.

Ein Bedürfnis zur Ausdehnung der §§ 239—241 auf andere Vertreter physischer o. juristischer Personen ist vom Gesetzgeber nicht als vorliegend anerkannt; gegen sie sind die Vorschriften des § 242, sowie die Bestimmungen des StGB. über Betrug, Unterschlagung, strafbaren Eigennutz usw. für ausreichend erachtet (Mot. S. 462); Berner S. 614, Hälschner 2 407. Jede analoge Ausdehnung des § 244 ist ausgeschlossen; er findet also insbs. auch nicht Anwendung auf den Grubenvorstand der nach Maßgabe des PrBergG. v. 24. Juni 1868/1892 Tit. 4 gebildeten Gewerkschaften; RG. IV 17. Okt. 05 E. 38 200. An diesem Rechtszustande ist durch die Novelle v. 17. Mai 1898 u. die in dem neuen § 213 KO. enthaltene Bezugnahme auf die §§ 207, 208 nichts geändert; zit. RG. E. 38 200, Jäger N. 6.

3) Da die Vorschrift des § 244 ganz allgemein „Mitglieder" des Vorstands ꝛc., die in dieser ihrer Eigenschaft die Bankerutthdlg. begangen haben, trifft, richtet sie sich gegen alle, die in dem betr. Falle nach erfolgter u. angenommener Wahl die rechtliche Stellung eines Vorstandsmitglieds tatsächlich einnehmen. Ein Mangel in der Wahl oder in der rechtlichen Qualifikation des Mitglieds ist für seine strafrechtliche Verantwortlichkeit ebenso, wie der Umstand, ob das Vorstandsmitglied nach außen zu vertreten berechtigt ist, ohne jede Bedeutung; RG. I 9. März 85, IV 14. Okt. 87, E. 12 78 (83), 16 271. Auch der Stellvertreter eines ordentlichen Vorstandsmitglieds kann hiernach sich strafbar machen, soweit er tatsächlich an Stelle des von ihm vertretenen Mitglieds des Vorstands in diesen einberufen ist und in dieser Eigenschaft eine der mit Strafe bedrohten Hdlgen begangen hat; zit. RG. E. 12 83.

4) Für den Tatbestand des Bankeruttdelikts ergibt sich aus § 244, abgesehen davon, daß ZEinstllg. (KE.), wie bereits hervorgehoben, nicht das Vermögen des Täters, sondern der von ihm vertretenen juristischen Person betrifft, gegenüber dem zu §§ 239—241 Erörterten nur, daß die im § 244 aufgeführten Personen die mit Strafe bedrohten Hdlgen in ihrer Eigenschaft als Vorstandsmitglieder bzw. Liquidatoren begangen haben müssen; vgl. v. Völderndorff 3 54. Durch § 244 wird also nicht eine Vorstandshaftung als solche festgesetzt, sondern es kann immer nur um eine Haftung des schuldigen Mitglieds des Vorstands sich handeln; Binding Lb. 1 426. Nur wenn in dem einzelnen Vorstandsmitglied der ganze Tatbestand des Bankeruttdelikts sich verwirklicht, kann von seiner Strafbarkeit die Rede sein. „Die Eigenschaft als Vorstandsmitglied oder Liquidator bildet lediglich die Grundlage, auf welcher der Täter selbst seine eigene Schuld aufbaut;" Schmidt Bankbruch S. 217. Für diej. Delikte, die tatbestandlich doloses Handeln voraussetzen, ergibt sich hiernach für die Anwendbarkeit des § 244 nichts Besonderes. Einzelne Vorstandsmitglieder, die nicht mit dem erforderlichen Dolus gehandelt haben, können niemals strafbar sein. Zweifel aber können entstehen, soweit fahrl. Begehung von Bankeruttdelikten in Frage kommt, also namentlich unterlassene oder nicht ordnungsmäßige Buchführung o. Bilanzziehung. Die Frage, wer als der für die Buchführung ꝛc. Verantwort-

liche anzusehen ist, bestimmt sich nach den §§ 239 N. 20, 240 N. 21 erörterten Grundsätzen. Auch für die Frage, inwieweit durch eine Bestellung von Beamten zur Buchführung oder durch sonstige Momente die Verantwortlichkeit beseitigt werden kann, gelten die allg. Grundsätze; §§ 239 N. 20, 240 N. 21. Für sonstige Fahrlässigkeitsdelikte trifft die Verantwortlichkeit nur dasj. Vorstandsmitglied, dem die besondere schuldhafte Fahrlässigkeit zur Last fällt. Beschlüsse des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung sind für eine Schuld der Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren ohne Bedeutung; sie befreien die Vorstandsmitglieder oder die Liquidatoren, die solche gesetzwidrigen Beschlüsse ausführen, nicht von der strafrechtl. Verantwortlichkeit; so: Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 2, Stenglein RStrafnebenges. N. 2, Kleinfeller das. 1. Aufl. N. 4b, v. Völdernborff 3 55, Rehm Die Bilanzen der Aktiengesellsch. § 205; aM. für § 240 N. 1 Jäger N. 11.

5) Die Strafbarkeit der Teilnahme an dem von einem Vorstandsmitgliede begangenen Delikt richtet sich nach allg. Grundsätzen; es wird hier namentlich die Tätigkeit der im § 244 nicht aufgeführten Vertreter (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte) oder der sonstigen Angestellten (Taxatoren, Revisoren), ebenso aber auch die Tätigkeit Dritter im Aufsichtsrat oder in Generalversammlungen in Frage kommen; Rehm Die Bilanzen der Aktiengesellsch. § 206.

Fünfundzwanzigster Abschnitt.
Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse.

1) Wie Abschn. 7 (das. N. 1), so läßt auch Abschn. 25 als ein „Sammeltitel" sich bezeichnen; denn in ihm sind eine Anzahl Delikte zusammengestellt, „welche keinen einheitlichen Charakter zeigen und durch kein wesentliches gemeinsames Merkmal verbunden sind", und zwar lediglich deshalb, weil sie den anderen Abschn. des StGB. sich „nicht systematisch einfügen ließen"; Merkel HH. 3 826. Legt man die Überschrift des Abschn. der Einteilung zugrunde, so bilden die „Verletzungen fremder Geheimnisse" (§§ 299, 300) anscheinend nur einen „willkürlichen Anhang" (Berner S. 616) in der Reihe der Fälle des strafbaren Eigennutzes; allein das Moment des „Eigennutzes" spielt zwar, wie Merkel aO. ausführt, „bei den meisten dahin gehörigen Hdlgen eine Rolle, ist jedoch keineswegs allgemein zu einem Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes erhoben, hat vielmehr zu den meisten Deliktsarten kein anderes Verhältnis wie zu der Verletzung fremder Geheimnisse, d. h. es bildet den gewöhnlichen, aber begrifflich nicht vorausgesetzten Grund der Handlung". Wenn übrigens Merkel endlich betont, daß die Fälle der §§ 284—286 eine „wesentlich andere Natur" hätten als alle anderen, so ist dieses wenigstens bezüglich der §§ 285, 286 zuzugeben, da sie entschieden einem polizeilichen Gesichtspunkte entsprungen sind.

Aus alledem folgt, daß die Bezeichnung „strafbarer Eigennutz" in der Überschrift des Abschn. 25 zur Erläuterung des Tatbestandes der einzelnen daselbst behandelten Delikte nicht verwertet, daß namentl. aus ihr das Merkmal der „gewinnsüchtigen Absicht" nicht gefolgert werden darf; RG. I 23. Sept. 86 R. 8 555 (btr. § 292), II 26. Feb. 89 E. 19 25 (btr. § 288), Hälschner 1 113, 2 215, Oppenh.-D. N. 1.

2) Die, unter sich keineswegs systematisch geordneten Fälle des sog. strafb. Eigennutzes speziell lassen sich charakterisieren als:

I. Rechtswidrigkeiten gegen Sachen (§§ 289—296a), und zwar: a. furtum possessionis (§ 289), b. furtum usus (§ 290), c. Munitionsaneignung (§ 291), d. Verletzungen des Okkupationsrechtes durch unberechtigte Ausübung der Jagd (§§ 292—295) und der Fischerei (§§ 296, 296a).

II. Verletzungen bestehender Schuldverhältnisse (§§ 288, 298), und zwar a. durch Vollstreckungsvereitelung (§ 288), b. durch Entlaufen mit der Heuer (§ 298).

III. Gefährdungen vermögensrechtlicher Interessen (§§ 284—286, 297, 301—302d) und zwar: a. durch strafbare Ausbeutung, speziell: 1. Glücksspiel (§§ 284—286), 2. Kreditieren an Minderjährige (§§ 301, 302), 3. Wucher (§§ 302a—d); b. durch Anordnahme von Kontrebande (§ 297).

3) Schon aus den vorhergehenden Ausführungen (N. 1, 2) ergibt sich, daß von der Regelung der „Materie des strafb. Eigennutzes" im Abschn. 25 keine Rede sein kann; es kommt dazu, daß das „Vermögen", das allein als Objekt des „strafb. Eigennutzes" gedacht werden kann, ein so „generelles Objekt" ist (Binding Normen **1** 351), daß es für die mannigfaltigsten und wichtigsten, in anderen Abschn. behandelten Delikte gleichfalls in Frage kommt, diese somit nicht minder als „strafb. Eigennutz" würden bezeichnet werden können; so auch die GM., insbs. **RG**. I 27. März 84 E. **10** 220.

Die Inhaltsübersicht (N. 2) läßt vielmehr erkennen, daß es nur darum sich handeln kann, bei Erörterung der einzelnen Deliktsgruppen festzustellen, welche besonderen Materien des weiten Gebietes des „strafb. Eigennutzes" im Abschn. 25 ihre Regelung gefunden haben. Nicht geregelt ist:

a) Die Materie der unbefugten Gewinnung bzw. Aneignung von Mineralien und von Bernstein; denn keine einzige Bestimmung des Abschn. 25 berührt dieses Gebiet; so auch die Motive zum Entw. II § 292 (StGB. § 296); vgl. § 242 N. 36c.

b) Die Materie des Abhaltens vom Mit- oder Weiterbieten bei öffentlichen Versteigerungen. Auch dieses Gebiet wird in keinem §. des Abschn. 25 berührt; man darf daher aus dem „Schweigen des StGB." an sich hier sowenig wie bei der Materie betreffend die unbefugte Gewinnung von Mineralien folgern, daß die landesgesetzlichen Vorschriften beseitigt seien. Aus der Entstehungsgeschichte des Abschn. 25 ergibt sich aber nicht, daß jene Hdlg. in der Tat überhaupt straflos bleiben sollte; der Entw. II § 283 schlug, im Anschluß an § 270 des Pr. und Art. 335 des BayerStGB., die Aufnahme eines entsprechenden Deliktes vor; sie wurde aber im RT. namentl deshalb abgelehnt, weil man annahm, daß die fraglichen Hdlgen, soweit sie nicht unter die allg. Strafgesetze fielen, als unsittliche und deshalb strafwürdige nicht anzusehen seien; allein hierdurch ist nur die Meinung eines der Faktoren der Reichsgesetzgebung zum Ausdruck gelangt, nicht aber haben alle maßgebenden Faktoren ihren Willen dahin ausgesprochen, daß die Hdlg. straflos sein solle; daß der Entw. d. StGN. Art. II § 287a die Einfügung einer btr. Bestimmung in das StGB. vorschlug, beweist nichts für den Willen des Bundesrats zur Zeit der Vereinbarung des StGB. und erklärt sich außerdem genügend durch die Praxis des PrOTr. (s. u.). Eine indirekte Regelung der Materie (EG. § 2 N. 5) ist somit nicht nachweisbar und deshalb muß die fortdauernde Geltung der bezüglichen Bestimmungen der Landesstrafgesetzbücher (die als solche nicht außer Kraft gesetzt sind; vgl. EG. § 2 N. 1 letzt. Abs., N. 8,) behauptet werden, soweit nicht ausdrückliche Aufhebung erfolgt ist; daher sind insbs. PrStGB. § 270 und Code pénal art. 412, noch in Geltung. So: **RG**. I 27. März 84, 18. März 95, IV 6. März 88, III 6. Okt. 02 (die Gültigkt. des § 270 sei auch durch die GewerbeO. §§ 152 ff. nicht berührt), II 3. Mai 04, E. **10** 220, **27** 106, **17** 202, **35** 392, **37** 139, I 10. Dez. 88 R. **10** 713, Berlin KG. 25. Mai 93, 6. Nov. 02, Jahrb. **14** 407, **25** C 90 (früher im Anschluß an die Praxis des ehem PrOTr. abweichend), v. Liszt S. 99, Merkel HH. **4** 77, Oppenh.-D. EG. § 2 N. 22, Rüd.-St. S. 41 N. 13. AM. Ziebarth Forstr. S. 385. Die Streitfrage erachtet jetzt durch § 367[16] für erledigt H. Meyer S. 101 N. 12, allein zu Unrecht, denn ganz abgesehen davon, daß die Vorschrift nicht selbst die Norm enthält, so wendet die Strafvorschrift sich nicht gegen das „Abhalten von Mitbieten rc. bei Versteigerungen", sondern gegen das „Abhalten von Versteigerungen" selbst. Wg. Anstiftung zum Verg. aus § 270 PrStGB. seitens des vom Bieten Abstehenden vgl. o. T. I Abschn. 3 N. 9a.

c) Die Materie des Fabrik- u. Industrieschutzes (abgesehen von der Einzelbestimmung des früheren § 287); vgl. jedoch jetzt G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. Mai 1896, insbs. § 7 btr. den Verrat von Geschäfts- o. Fabrikgeheimnissen.

§. 284.

Wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von dreihundert bis

zu sechstausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Ist der Verurtheilte ein Ausländer, so ist die Landespolizeibehörde befugt, denselben aus dem Bundesgebiete zu verweisen.

PrStGB. § 266. Entw. I § 266, II § 279. Aktenst. Nr. 92.

Zu §§ 284—286, 360¹⁴. N. 1—7.

1) Die §§ 284—286 u. 360¹⁴ handeln sämtlich vom Glücksspiel i. w. S., dessen Begriff den allgemeineren des Spiels voraussetzt.

Was Spiel sei, läßt nur im Zusammenhang damit sich erörtern, was unter „Wette" zu verstehen sei; denn mit der GM. ist, entsprechend dem BGB. § 762, an dem begrifflichen Unterschiede beider festzuhalten. Die von Stenglein ZStrW. 3 143, auch Rüb.-St. N. 2 verteidigte gegenteilige Ansicht, der Geyer 2 72 (vgl. auch Pfizer GS. 41 358) sich angeschlossen hat, erscheint selbst in ihrer Beschränkung auf das RStGB. nicht richtig. Mag auch die Grenze zwischen Spiel und Wette theoretisch, und oft genug praktisch, schwer zu ziehen sein, mag auch die Verschiedenheit beider wesentlich im Zivilrechte beruhen, so rechtfertigt das doch nicht die Annahme, der Gesetzgeber habe bei Abfassung des StGB. den damals fast nicht bestrittenen Unterschied zwischen Spiel und Wette außer acht gelassen und als nicht bestehend behandelt.

Der GM. ist ferner auch darin beizupflichten, daß der Unterschied zwischen Spiel u. Wette kein äußerlicher sei, da beide in äußerlich gleicher Weise sich abwickeln können und sowohl beim Spiel- wie beim Wettvertrage Gewinn auf der einen und Verlust auf der anderen Seite abhängig gemacht werden entweder von dem Ausfall einer von den Kontrahenten, sei es einseitig oder beiderseitig, planmäßig bzw. nach vorausbestimmten oder feststehenden Regeln vorgenommenen Tätigkeit oder von dem zukünftigen oder bereits stattgefundenen, aber den Parteien unbekannten Eintritt oder Nichteintritt irgendeiner Tatsache, welche zur Entscheidung über Gewinn oder Verlust benutzt wird. Der Unterschied ist vielmehr lediglich in dem inneren Momente begründet, ob die Parteien einen Meinungskampf entschieden sehen wollen oder nicht; im ersteren Falle liegt „Wette", im letzteren „Spiel" vor; die Absicht der Vertragschließenden, der Sinn, in dem sie den Vertrag vereinbaren, ist somit das Entscheidende. So insbs.: **RG.** III 29. Apr., II 30. Juni, 7. Juli 82, E. **6** 172, 421, **7** 21, Hälschner **2** 444, während Heß Abhandlgen S. 35 ff. den Unterschied abweichend bestimmt.

2) „Glücksspiel" i. w. S. ist ein solches Spiel, bei dem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust — und zwar nicht nach der bloßen abstrakten Möglichkeit, sd. nach den konkreten Verhältnissen, unter denen es gespielt wird, mag es auch in der Regel als Geschicklichkeitsspiel anzusehen sein (**RG.** I 19. März, III 9. Apr. 94, I 14. Feb., II 11. Okt. 01, E. **25** 192, 256, **34** 140, 321 (letztere beiden btr. die Hydra- o. Schneeballgeschäfte), I 30. Apr. 03 G. **50** 281 (btr. das Preiskegelschieben) — allein oder hauptsächlich vom Zufall, d. h. von Vorgängen, die menschlicher Berechnung sich entziehen, nicht aber wesentlich von der Kraft, dem Geschick oder der Überlegung der Spielenden abhängt; so die GM., insbs. **RG.** III 10. Dez. 79, 29. Apr., II 28. Feb., 30. Juni 82, IV 10. Okt. 90, E. **1** 118, **6** 172, 70, 421, **21** 107, III 13. Okt. 80 R. **1** 331; vgl. auch IV 12. März 95 E. **27** 94 (btr. § 286₂), das Wesen des Zufalls bestehe im Mangel der Erkennbarkeit der einem Ereignisse zugrunde liegenden Kausalität.

Ein Glücksspiel, dessen Gegenstand einen Vermögenswert nicht hat, ist für das Recht und ganz besonders für das Strafrecht bedeutungslos; das Glücksspiel im rechtlichen S. setzt daher jenes Erfordernis voraus. So: **RG.** II 28. Feb., 7. Juli 82, E. **6** 70, **7** 21, IV 3. Nov. 85 R. **7** 636, Berner S. 616, Binding Lb. **1** 406, Geyer **2** 72, Hälschner **2** 443 v. Liszt S. 483, H. Meyer S. 606, Frank N. 11, Rüb.-St. N. 4. AM. diejenigen, die das Erfordernis des „Vermögenswertes" der Objekte nur im Falle des § 284 auf Grund des Begriffes der „Gewerbsmäßigkeit" aufstellen; so insbs. v. Schwarze N. 3, auch Merkel HH. **3** 828 (vgl. jedoch Lb. S. 342).

Der Begriff „Vermögenswert" ist ein relativer; so sind namentl. auch alle Gegenstände, um die man in Privatkreisen lediglich zur Unterhaltung zu spielen pflegt, kaum jemals eines jeden Vermögenswertes bar; demnach wird man auch zur Beurteilung der Frage, ob ein „Vermögenswert" den Gegenstand des Spieles bilde, einen relativen Maßstab insofern anzulegen haben, als man die Gesamtverhältnisse, die beim Spiel obwalten, insbs. auch die sozialen Verhältnisse des gesamten Kreises der Spieler, wenn auch nicht die Vermögensverhältuisse eines einzelnen Spielers, zu berücksichtigen haben wird; ob ein einzelner der Spieler den Verlust eines Vermögensobjektes empfindet oder nicht, erscheint gleichgültig, nicht aber, ob das Objekt ein derartiges, daß es im Kreise der Mitspielenden überhaupt als ein Vermögensobjekt nicht betrachtet wird; Binding, H. Meyer aO. Dabei wird man immer sich gegenwärtig halten müssen, daß eine solche Anschauung nur bei in der Tat geringfügigen Vermögensobjekten überhaupt gerechtfertigt erscheinen kann; denn es kann sich nicht darum handeln, ob der Verlust ohne nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse der Spielenden ertragen werden könne, sondern ob „Vermögensobjekte" den Gegenstand des Spiels bilden, und dabei bleibt objektiv zu berücksichtigen, daß auch der Wohlhabendste für verhältnismäßig kleine Summen einzelne Bedürfnisse des Lebens bestreiten kann. Die Meinungen über diese Frage sind geteilt; so neigen der Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse zu: Berlin 8. Juli 72, 20. Feb. 74, St. **2** 59, O. **15** 107, Hälschner **2** 449, Frank N. II, Oppenh.-O. N. 2 u. § 285 N. 3, v. Schwarze N. 2, auch Geyer **2** 72 f., der jedoch darauf Gewicht legt, ob das Spiel die wirtschaftl. Lage des Spielers gefährde, während die zitt. RG. E. **6** 70, R. **7** 636 durch den Umstand, daß der Ausgang des Spiels für die einzelnen Spieler mit Rücksicht auf deren Vermögensverhältnisse nicht von erheblicher pekuniärer Bedeutung sein könne, den Begriff eines Glücksspiels nicht für ausgeschlossen erachten, ferner aber RG. IV 1. Nov. 87, 11. Jan., 28. Mai 89, R. **9** 547, E. **18** 342, **19** 253, nur die allgemeine gesellschaftliche Anschauung (wg. eines darüber herrschenden Irrtums vgl. § 59 N. 31 a α), nicht diejenige einzelner Gesellschaftskreise für maßgebend erachten; letzteres führt außerdem aus (was bedenklich erscheint; vgl. auch Schiffer GS. **41** 219), daß, da der Wert des Spielobjektes einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsbegriffes des Glücksspieles darstelle, die Frage, ob der Gegenstand nach allg. gesellschaftl. Anschauung überhaupt einen Vermögenswert habe, nicht rein tatsächlicher Natur, sondern bei der rechtlichen Prüfung der Sachlage zu entscheiden sei.

Im Zusammenhang hiermit steht die fernere Frage, ob das Glücksspiel begrifflich eine gewinnsüchtige Absicht erfordere; diese Frage ist zu verneinen; so die GM., insbs. RG. II 28. Feb., 7. Juli 82, E. **6** 70, **7** 21, IV 3. Nov. 85 R. **7** 636; aM. das zit. Berlin O. **15** 107 insofern, als es die „Absicht, einen Vermögensvorteil zu erlangen", erfordert, und diese, wie Merkel HH. **4** 455 bemerkt, beim Glücksspiel von der „gewinnsüchtigen Absicht" praktisch sich nicht unterscheiden würde (vgl. auch §§ 133 N. 8, 263 N. 43); Merkel fordert auch im Lb. S. 342 eine auf Geldgewinn gerichtete Absicht; ihm sich anschließend Frank N. II. Ob das „gewerbsmäßige" Glücksspiel eine solche Absicht erfordere, s. u. N. 8.

3) Als „Glücksspiele" i. w. S. (jedoch nicht als „Lotterien" o. „Ausspielungen"; s. u. N. 4, 7) sind in der Praxis des RG. erachtet worden: das sog. „Kümmelblättchen" und das „Dreikartspiel" (III 10. Dez. 79, 13. Okt. 80, E. **1** 118, R. **2** 331), die sog. „Kartenlotterie" (II 29. Sept. 85 E. **12** 388; s. N. 7), das sog. „Kartenlotto", wenigstens insofern es ohne vorher festgestellten Plan gespielt wird (IV 11. Jan. 89 E. **18** 342; s § 286 N. 4 a), das sog. „Mauscheln" (IV 15. Feb. 89 G. **37** 159). Dabei ist jedoch nicht außer acht zu lassen, daß nach den maßgebenden tatsächl. Feststellungen unter Umständen auch bei solchen Spielen die Eigenschaft als Glücksspiel zu verneinen sein kann; vgl. Meves G. **37** 161 N. 3 u. namentl. RG. IV 19. Sept. 90 G. **38** 350 (ein Rechtsgrundsatz, daß das Mauscheln ein Glücksspiel sei, sei vom RG. nicht aufgestellt), andererseits auch I 23. März 96 E. **28** 283, verneinend, daß das Kümmelblättchenspiel, wie es i. c. betrieben worden, dadurch den Charakter eines Glückspiels verloren habe, daß ein Spieler bei ihm besondere, den Mitspielern nicht bekannte Kunstgriffe anwendete, während I 10. Nov. 02 G. **50** 112 dasselbe

Spiel, auch wenn die Parteien den Gewinn lediglich von ihrer Geschicklichkeit abhängig machen wollten, für ein Glücksspiel erklärt.

Lebhaft erörtert worden ist, inwiefern Verträge, die selbst als „Wetten" sich bezeichnen, dennoch als Spiele bzw. Glücksspiele anzusehen seien; letzteres ist zunächst zweifellos nur dann möglich, wenn die Entscheidung über Gewinn oder Verlust wesentlich vom Zufalle abhängt; Dresden 17. Juni 78 St. 8 264. Im übrigen ist bei den, namentl. die sog. Wetten bei Gelegenheit von Pferderennen betreffenden, Erörterungen mit Recht nur auf das Wesen der Sache (N. 1) gesehen und deshalb weder der Name, noch die formelle Aufstellung einer Meinungsstreitigkeit für entscheidend erachtet, sondern vielmehr lediglich untersucht worden, ob in Wahrheit die Austragung einer Meinungsverschiedenheit oder etwa nur die Erzielung eines Gewinnes der Absicht der Vertragschließenden entsprach. Nach der Entwickelung, welche die bei den Pferderennen obwaltenden Verhältnisse tatsächlich genommen haben, sind deshalb in der Praxis des RG. — übrigens unter Billigung seitens der Theorie; vgl. Binding Lb. 1 407, Hälschner 2 445, v. Liszt S. 483 — für, bei Gelegenheit von Pferderennen betriebene, Glücksspiele erachtet worden: das sog. Buchmachen, d. h. die (gewerbsmäßig betriebene) Eingehung von sog. Wetten; III 29. Apr., 12. Juli 82, E. 6 172, R. 4 692, II 18. Apr. 93 G. 41 48; insbs. am Totalisator; II 30. Juni, 7. Juli 82, E. 6 421, 7 21. Vgl. übrigens § 360[14] N. d wegen — in gewissem Umfange — eintretender Straflosigkeit, falls es um die gestattete Abhaltung von Glücksspielen sich handelt.

Die Differenzgeschäfte, wenn sie auch zivilrechtlich nach BGB. § 764 als Spiel anzusehen sind, können dennoch als „Glücksspiele" i. S. der strafrechtl. Normen nicht erachtet werden, weil sie auf kaufmännischer Spekulation beruhen, ihr Ausgang also nicht wesentlich vom Zufall abhängt; vgl. R. Schmidt DJZ. 5 149.

4) Zu den Glücksspielen in dem erläuterten S. gehören unbedingt auch die Lotterien und Ausspielungen (§ 286 N. 2), sobald deren Gegenstand einen Vermögenswert hat. Richtig ist allerdings, daß das StGB. in den §§ 284, 285, 360[14] Ausspielungen nicht mit meint, daß es somit dort „Glücksspiele" in einem engeren S. faßt (N. 7). Allein das ändert nichts daran, daß die Ausspielung ihrer Natur nach ein Glücksspiel ist, und zwar in dem S., den an sich auch das StGB. damit verbindet, obschon die eben bezeichneten Bestimmungen speziell nur Glücksspiele, abgesehen von den Ausspielungen, betreffen. So: RG. II 1. Apr. 84 E. 10 245, Binding Lb. 1 406, v. Liszt S. 484, H. Meyer S. 607, Rubo N. 2, während im übrigen durchweg nur der Unterschied betont wird, den das StGB. in den §§ 284, 285, 360[14] einerseits und im § 286 andererseits zwischen beiden macht.

5) Nach dem inneren, nur äußerlich mit Rücksicht auf die Strafandrohung im § 360 durchbrochenen, Zusammenhange der in den §§ 284—286, 360[14] gegebenen Bestimmungen muß i. B. mit den Ausführungen in N. 1—4 angenommen werden, daß in jenen §§. die „Materie des strafb. Glücksspiels" i. S. des EG. § 2 geregelt worden ist; so auch RG. III 3. Mai 89 E. 18 1, das jedoch noch einen Schritt weitergehend annimmt, durch jene Vorschriften habe die Beteiligung am Spiele überhaupt nach allen Richtungen geordnet werden sollen, weshalb die Vorschriften des Kgl. SächsR. über Ausspielung mittels erlaubter Spiele für aufgehoben zu erachten seien. Die Befassung mit dem „Glücksspiele" wird nicht an und für sich bestraft, sondern nur unter gewissen Verhältnissen, die gefunden werden, teils in der Art des Betriebes, sei es bei gewissen Glücksspielen in dem positiven Momente der Gewerbsmäßgkt. (§ 284), sei es bei anderen in dem negativen der fehlenden obrigkeitl. Erlaubnis (§ 286), teils in der Persönlichkeit des damit sich Befassenden (§ 285), teils endlich in dem Orte der Vornahme (§§ 285, 360[14]). Indem so das StGB. die Befassung mit dem Glücksspiele positiv nach den verschiedensten Richtungen für strafbar erklärt, hat es damit umgekehrt negativ andere Arten der Befassung mit dem Glücksspiele für straflos erklärt.

6) Nach EG. § 2_1 ist das die Materie der strafb. Befassung mit dem Glücksspiele (N. 5) betreffende Landesstrafrecht außer Kraft getreten bzw. nach RV. Art. 2 rechtsunverbindlich; aM. RG. I 6. Mai 97 E. 30 116 (unter Berufung auf die unten zu a zitt. RG. E. 1 219, 274), landesgesetzl. Strafbestimmungen, soweit es nicht um Veranstaltungen

einer öffentl. Lotterie sich handele, ständen in rechtsverbindlicher Kraft, so insbs. das Großherzogl. Hess. G. v. 11. Apr. 1896. Das gilt namentl. von den landesgesetzlichen Verboten:

a) Btr. das Spiel in auswärtigen Lotterien bzw. Kollektieren für dieselben, insbs. von dem PrG. v. 29. Juli 1885, jetzt dem G. v. 29. Aug. 1904 (vgl. die näheren Ausführungen in der entsprechenden N. der 5. Aufl. d. Komm). So: Finger **1** 153, v. Liszt S. 485 N. 1, Frank SG. § 2 N. III 3, Rubo N. 4, Brückmann ZStrW. **19** 671 ff., auch Theisen G. **49** 234, der die Frage infolge der Auslegung, die BGB. § 763 durch RG. I ZS. 11. Mai 01 EZS. **48** 175 erfahren, neu prüft, jedoch unter Entnahme der Antwort lediglich aus dem Strafr.; vgl. auch vom selben Verfasser: Staatslotterie u. Reichsg. sowie Staatslotterie u. Kammerg. Die GM. ist entgegengesetzt, insbs. RG. III 3. Mai 88 (gelegentlich), II 26. Jan. 00, I 28. Mai 03, E. **18** 1, **33** 124, **36** 260, u. btr. der früheren PrV. v. 5. Juli 1847 u. 25. Juni 1867: RG. III 13. März, II 24. Feb. 80, 11. Juli 82, E. **1** 274. 219, R. **4** 686, namentl. auch die Motive zum Entw. II § 281, ferner btr. des im Elſ.Lothr. geltenden französ. G. v. 21. Mai 1836 Art. 4₁,₂: RG. I 16. Juni 90 E. **21** 3, 28. Juni 94 G. **42** 255. Daß hieran durch BGB. § 763, der lediglich über die zivilrechtl. Wirksamkeit des Lotterievertrages sich verhält, nichts geändert sei, wird von RG. II 2. März, III 26. Mai 00, E. **33** 196, 335, Berlin KG. 9. Apr. 00 Jahrb. **20** C 95 von ihrem Standpunkte folgerichtig angenommen, weil der zit. § 763 eine Änderung der auf fiskal. Interessen der Einzelstaaten beruhenden Strafgesetze nicht herbeigeführt habe.

b) Btr. den schriftlichen sog. Promessenkauf bzw. -verkauf (vgl. § 286 N. 6), insbs. von der PrKabO. v. 27. Juni 1837 u. der PrV. v. 25. Juni 1867 Art. IV Nr. 2. So Berlin 12. Okt. 71 O. **12** 509, jetzt auch Oppenh.-D. N. 3. AM.: RG. III 10. Jan. 80 R. **1** 209, H. Meyer S. 606, Rüd.-St. § 286 N. 11. Auch hier ist lediglich der unter a angeführte Grund, und zwar gegenüber Art. IV Nr. 2 in vollem Umfange, durchgreifend.

7) Es wurde bereits hervorgehoben (N. 4), daß der Ausdruck „Glücksspiel" in den §§ 284, 285, 360[14] nicht in dem in N. 2 erläuterten w. S., der ihm im Rechte überhaupt zukommt, zu verstehen sei, daß vielmehr durch diese Bezeichnung in jenen Bestimmungen die im § 286 namentlich bezeichneten Glücksspiele i. w. S., nämlich Ausspielungen u. Lotterien, nicht mit begriffen würden. Die dem entsprechende GM., insbs. RG. II 1. Apr. 84, IV 12. Feb. 97, E. **10** 245, **29** 376, ist zweifellos richtig; mit Recht hat aber das N. 3 zit. E. **12** 388 angenommen, ein Kartenspiel verliere den Charakter des Glücksspiels (i. e. S.) nicht dadurch und werde zur „Lotterie", daß die Gewinnkarten als Lose bezeichnet würden (sog. Kartenlotterie); umgekehrt wird eine Ausspielung von Sachen nicht dadurch zu einem Glücksspiel i. S. des § 284, daß nach den Spielregeln dem Gewinner gg. Verzicht auf die gewonnene Sache das Weiterspielen ohne Einsatz gestattet wird; I 18. Apr. 04 G. **51** 351.

Auf die zivilrechtliche Verbindlichkeit der Spielverträge (vgl. BGB. §§ 762 ff.) kommt es im Zusammenhange der strafrechtl. Bestimmungen überhaupt nicht an.

Zu § 284. N. 8—12.

8) Wenn aus § 284 bestraft wird „wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht", so ist dadurch die Gewerbsmäßgkt. der Hdlg. zu einem Tatbestandsmomente erhoben; sie bildet nicht bloß einen straferhöh. Umst., wie in den §§ 260, 294; RG. III 18. März 86 E. **14** 28. Nach dem N. 3 Abs. 2 Bemerkten fällt darunter auch das gewerbsmäßige Abschließen von Rennwetten; RG. II 9. Feb. 04 E. **37** 74.

Aus dem Begriffe der „Gewerbsmäßigkeit" (§ 260 N. 2) ergibt sich das subjektive Erfordernis, daß der Wille des Spielers (Absicht i. uneigentl. S.) darauf gerichtet sein muß, bei dem Betriebe des Glücksspiels zu gewinnen, da er durch das Glücksspiel nur erwerben kann, falls er gewinnt; so RG. II 28. Feb. 82, 10. Apr. 00, E. **6** 70, **33** 237, von denen letzteres aber mit Recht ausführt, daß auch beim gewerbsm. Glücksspiel die Gewinnsucht nicht den Bestimmungsgrund zu bilden brauche, daß also eine „gewinnsüchtige Absicht" i. S. von Motiv nicht erfordert werde. Auf Grund der Feststllg., daß der Spieler ohne Rücksicht auf Gewinn o. Verlust, nur um seiner Spielleidenschaft willen, gespielt habe, wurde die Gewerbsmßgkt. mit Recht verneint, weil dann ein Er-

werbswillen überhaupt nicht vorlag; RG. IV 23. Nov. 86 R. 8 720. Auch die Absicht, durch den Gewinn beim Glücksspiel sich einen Erwerb zu verschaffen, begründet für sich noch nicht die Gewerbsmßgkt.; RG. II 29. Sept. 85 E. 12 388. War aber der Betrieb des Glücksspiels von der für den Begriff der Gewerbsmßgkt. notwendigen Absicht, das Spiel als fortgesetzte Erwerbstätigkeit auszuüben, beherrscht, so fällt das Spiel unter § 284, und es ist gleichgültig, welchem Bedürfnis durch den Spielerwerb abgeholfen werden sollte, insbs. auch ob der Erwerb nur zur Befriedigung des Spielbedürfnisses selbst gemacht werden sollte; so zit. RG. E. 33 237.

Aus dem Abs. 2 hervorgehobenen subjektiven Erfordernisse folgt, daß nur der aus dem Spiel ein Gewerbe machen kann, auf dessen Rechnung das Spiel geht; RG. III 18. März 86 E. 14 28 (von der auf dieses materielle Resultat des Spiels gerichteten Absicht sei möglicherweise die formale Stellung des einen Teilnehmers am Spiele zu den übrigen Teilnehmern wesentlich verschieden; der formale Bankhalter brauche nicht der Täter o. Mittäter beim gewerbsm. Spiele zu sein [N. 10], umgekehrt der Täter o. Mittäter nicht der formale Bankhalter; nur müsse derj., auf dessen Rechnung das Spiel gehe, um Täter o. Mittäter zu sein, auch seinerseits zu dem Zustandekommen des Spiels mitwirken). Das Moment der Gewerbsmßgkt. wird namentl. häufig bei den Bankhaltern und deren Gehilfen zutreffen; doch wird das „Halten von Glücksspielen", wobei der Unternehmer nur einen feststehenden Unternehmergewinn bezieht, nicht aber am Spiel und dessen Gewinn- und Verlustchancen teilnimmt, auch durch Fortsetzung nicht zu einem gewerbsm. Glücksspiel; RG. III 5. Jan. 85 R. 7 17, IV 12. Feb. 97 E. 29 376; dem entsprechend das zit. E. 14 28, nicht schon derj. mache aus dem Spiel ein Gewerbe, der für seine Hilfeleistung bei dem Spiel, z. B. als Kroupier, bezahlt werde, weil er dadurch noch nicht den Chancen des Spiels unterworfen werde. Ein Spiel „auf eigene Rechnung" wird regelmäßig auch von den sog. Pointeurs betrieben; auch bei diesen kann deshalb Gewerbsmßgkt. vorliegen; so, außer den Motiven, Dresden 30. Okt. 71 St. 1 202. Keineswegs ist aber notwendig, daß die Gewerbsmßgkt. bei allen am Spiele Beteiligten vorliege.

Zur Annahme der Gewerbsmßgkt. bedarf es des Nachweises wenigstens Eines Falles begonnenen (N. 9) Glücksspiels; eine Folgerung jenes Merkmals aus dem „gesamten Gebaren" des Angekl. ohne solche tatsächl. Unterlage ist unzureichend, da der im § 284 gebrauchte Ausdruck mit der sonst üblichen Wendung („Wer das Glücksspiel gewerbsmäßig treibt") gleichbedeutend ist; so die GM., insbs. RG. II 28. Juni 81 R. 3 442, zit. E. 12 388. Ein bloß vorgegebenes Spielen unter Komplottanten, um Dritte zum Mitspielen zu verlocken, genügt deshalb nicht; Dresden 20. Sept. 75 St. 6 355, Merkel HH. 4 455, Oppenh.-D. N. 5. Eine Mehrheit von Fällen, wie bei der Gewohnheitsmßgkt. (§ 260 N. 5b), braucht dagegen nicht nachgewiesen zu werden, ebensowenig wie die Betätigung eines Hanges zum Glücksspiel, da gewohnheitsm. Glücksspiel als solches überhaupt nicht unter Strafe gestellt ist; wer gewohnheitsmßg. am Spiele sich beteiligt, macht sich deshalb strafrechtlich auch dann nicht verantwortlich, wenn er in jedem Einzelfall gewinnen will, solange er nur das Glücksspiel nicht in der Absicht betreibt, eine fortgesetzte, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit auszuüben; zit. RG. E. 33 237.

9) Der Beginn und damit zugleich die juristische Vollendung des Glücksspiels liegt vor, sobald ein Setzen zu dem Zwecke erfolgt ist, daß Gewinn oder Verlust von dem durch Zufall zu bestimmenden Ausgange des Spiels abhängig gemacht werde; so: RG. III 10. Dez. 79 E. 1 118, II 28. Juni 81 R. 3 442, Geyer 2 73, H. Meyer S. 607, Frank N. IV; aM. Hälschner 2 446, es müsse auch schon eine Entscheidung über Gewinn o. Verlust herbeigeführt sein. Wenn jemand, der einen Apparat (z. B. einen Drehapparat) anderen zum Betriebe des Glücksspiels darbietet, selbst an den von Zufallsentscheidungen abhängigen Gewinn- u. Verlustchancen sich beteiligt, so ist er nicht bloßer Halter eines Glücksspiels (§ 360 Nr. 14 N. b), sondern vielmehr Mitspieler; RG. IV 12. Feb. 97 E. 29 376; übrigens wird begrifflich nicht einmal erfordert, daß der ein Glücksspiel durch Darbietung eines Apparats ins Werk Setzende, um Mitspieler zu sein, ein Risiko eingehe; das Bestehen der Möglichkeit eines positiven Vermögensverlustes für jeden einzelnen Mit-

spieler ist kein unerläßliches Merkmal; **RG.** II 7. Juli 82, III 30. Okt. 05, E. 7 21 (27), **38** 202.

Wer selbst den Tatbestand des Verg. durch gewerbsm. Glücksspiel erfüllt, kann nicht, wie im Falle des § 286 (das. N. 10), darauf sich berufen, daß es ihm von der Polizei gestattet worden sei; so: **RG.** II 1. Apr. 84, IV 28. Mai 89, 12. Feb. 97, E. **10** 245, **19** 253, zit. E. **29** 376; vgl. auch III 5. Jan. 85 R. **7** 17; ferner: v. Liszt S. 484 N. 2, Frank N. III; aM.: Binding Lb. **1** 407, Geyer **2** 74, Hälschner **2** 446 (denen jedenfalls zuzugeben ist, daß die Frage zweifelhaft ist; vgl. übrigens § 360 [14] N. d). Ein Irrtum über die Rechtswirksamkeit einer erteilten Erlaubnis würde nach GM., so insbs. auch nach dem zit. **RG.** E. **29** 376, einflußlos sein; vgl. § 59 N. 31a.

10) Beihilfe (§ 49) zum gewerbsm. Glücksspiel ist denkbar, z. B. durch Einräumen des Lokals behufs des Glücksspiels, dessen Verlängerung mittels Verabreichung von Getränken an die Spielenden, Gewährung der Spielutensilien o. durch Vermittelung von Wetten (**RG.** I 8. Juni 82 R. **4** 545, II 30. Okt. 99 E. **32** 353), auch kann sie namentl. durch den Kroupier bzw. Darleiher des Geldes geleistet werden; Geyer **2** 73, Hälschner **2** 445 und insbs. btr. des Kroupiers trotz seiner formalen Stellung das N. 8_3 zit. **RG.** E. **14** 28 (falls ihm nicht der Vorsatz beiwohne, das Spiel als Mittel eigenen fortgesetzten Erwerbes zu betreiben).

Derjenige aber, der am gewerbsm. Glücksspiele als Mittäter (§ 47) teilnimmt, kann dadurch, daß er anderen Mittätern Beihilfe leistet, in Realkonk. (§ 74) gegen § 284 bzw. § 49 auch dann nicht verstoßen, wenn die Beihilfe für diejenigen Einzelfälle geleistet wurde, in denen er selbst am Mitspielen sich nicht beteiligte; es folgt dieses aus der juristischen Einheit sowohl aller Teilnahmehdlgen mit der Täterschaft bzw. Mittäterschaft als auch des Kollektivdeliktes (vgl. § 73 N. 4b, 5d); so Oppenh.-D. N. 9; aM. das zit. **RG.** R. **4** 545.

Wegen des Verhältnisses zum § 360 [14] vgl. daselbst, insbs. N. b u. d.

Mit § 27 RStempelG. kann je nach Lage des Falles Ideal- o. Realkonk. stattfinden, wenn auch erstere durchaus die Regel bilden wird; vgl. **RG.** II 19. Sept. 02 E. **35** 344 sowie 15. Apr. 98 E. **31** 114 (letzteres btr. § 26 des alten RStempelG. v. 27. Apr. 1894); aM. Goldschmit GS. **55** 106, es sei stets Realkonk. anzunehmen.

11) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 300—6000 M. (§ 27). Als Nebenstr. ist nach Abs. 1 i. V. mit § 32 BbER. zulässig.

Durch Absatz 2 wird eine polizeiliche Maßregel (vgl. T. I Abschn. 1 N. 4a; aM. H. Meyer S. 386) für zulässig erklärt, auf die übrigens nicht erkannt zu werden braucht, da das Gesetz selbst der „Landespolizeibehörde“ (im § 39 [2] „höhere Landespolizeibehörde“ genannt; vgl. § 38 N. 8) die Befugnis zur Verweisung aus dem Bundesgebiete verleiht; Hälschner **1** 628, v. Schwarze N. 9. Die Verweisung kann auf Zeit oder dauernd (abweichend vom § 39 [2]; das. N. 4) erfolgen und dient § 361 [2] zur Sicherung der getroffenen Maßregel.

Die Einziehung der Gelder, die ein Buchmacher auf den Rennplatz in der Absicht mitbringt, mit ihnen den bei ihm Wettenden die Gewinne auszuzahlen, erscheint gemäß § 40 zulässig, da sie zum Betriebe des gewerbsm. Glücksspiels bestimmt sind; **RG.** II 30. Septbr. 02 E. **35** 391.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73 [1], 27.

§. 285.

Der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsorts, welcher Glücksspiele daselbst gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

PrStGB. § 267. Entw. I § 267, II § 280.

1) Subjekt des Verg. (§ 284 N. 1—7) ist der „Inhaber eines öffentlichen Versammlungsorts“.

a) Als „öffentlich" ist, da die ausschließliche Beziehung dieses Momentes auf die Örtlichkeit erhellt (§ 116 N. 2a), ein solcher Ort anzusehen, der „unbestimmt von welchen oder wie vielen Personen", d. h. vom Publikum, besucht werden kann. Dementsprechend ist in der Praxis für einen „öffentlichen Versammlungsort" erachtet worden: das auf einem Rennplatze zur Bergung des Totalisators hergerichtete Gebäude, das dem Publikum, wenn auch nur gegen Eintrittsgeld, in einer nicht individuell begrenzten Weise zum Spiel zugänglich war; RG. II 7. Juli 82 E. 7 21; das Lokal einer geschlossenen Gesellschaft, an deren Versammlungen Nichtmitglieder ohne jede Beschränkung teilnehmen; Berlin 19. Juni 79 O. 20 305.

Je nach den Umständen kann übrigens ein Privatraum dadurch, daß er allgemein, wenn auch vielleicht unter Ausschluß einzelner Kategorien von Personen, zugänglich gemacht wird, zeitweilig die Eigenschaft eines „öffentl. Versammlungsorts" erhalten; so Berlin 17. Dez. 74 O. 15 876; aM. Geyer 2 73 u. Hälschner 2 447, der Versammlungsort müsse dauernd für jedermann zugänglich sein. Umgekehrt kann die regelmäßig anzunehmende Öffentlichkeit eines Versammlungsorts zeitweise zu verneinen sein; RG. II 28. Feb. 82 E. 6 70 btr. eines Gastlokals für die Zeit, wo es während des Spiels für jeden anderen als die dort verkehrenden, durch tägliches Zusammensein, gemeinsame Mahlzeiten u. gleiche Lebensstellung verbundenen 10 - 12 Kaufleute unzugänglich gehalten wurde.

b) Wer als „Inhaber" eines öffentl. Versammlungsorts anzusehen sei, ist streitig. Rubo N. 1 erachtet dafür nur den, dem jeweilig die Verfügungsgewalt über den Ort „als eigenes Recht" zustehe, somit an und für sich den Eigentümer, bei Verpachtungen den Pächter. Allein bei dieser Auffassung des Begriffes würde dem Zwecke des Gesetzes schlecht gedient sein, und auch die Motive sprechen positiv dafür, daß unter „Inhaber" habe verstanden werden sollen, wer über einen solchen Ort tatsächlich die Aufsichts- u. Verfügungsgewalt hat, was je nach den Umständen zu beantworten ist. So: RG. IV 16. Dez. 90 G. 38 448, II 26. Mai 93 E. 24 256, Hälschner 2 447, Merkel HH. 3 829, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1. Hiernach ist namentl. auch der Stellvertreter des Wirtes als „Inhaber" i. S. des § 285 anzusehen, u. zwar ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Stellvertretung ausdrücklich o. stillschweigend aufgetragen, oder ob sie eine Folge seiner Stellung ist, wie z. B. beim Oberkellner; so zit. RG. E. 24 256 sowie IV 11. Juli 03 E. 36 324, derj., der, ev. an Stelle des Wirts, die Aufsicht u. volle Verfügungsgewalt habe. Mit Recht hat RG. II 7. Juli 82 E. 7 21 den „Vorstand eines Rennklubs" bezüglich des auf dem Rennplatze errichteten Gebäudes für den „Totalisator" als „Inhaber" angesehen.

2) Was die Handlung selbst betrifft, so ist den beiden Mischtatbeständen des § 285, die als kumulative eine alternative Feststllg. nicht zulassen (aM. Wertheimer Mischgesetze S. 61, trotz Verschiedenheit der Hdlg. wesentlich wg. „Ähnlichkeit des Vorsatzes"), gemeinschaftlich, daß sie die Befassung mit „Glücksspielen" betreffen, an die, abgesehen davon, daß sie keine Lotterien o. Ausspielungen sein dürfen (§ 284 N. 7), besondere positive Erfordernisse nicht gestellt werden. Namentl. handelt es sich hier nicht um „gewerbsmäßige" Glücksspiele, woraus die notwendigen Folgerungen in subjektiver Beziehung sich ergeben (vgl. § 284 N. 2_4, 8_2); RG. IV 3. Nov. 85 R. 7 636, Merkel HH. 3 828, Frank N. I. Das Motiv der „Unterhaltung" schließt den Tatbestand nicht aus; RG. IV 1. Nov. 87 R. 9 547.

Ob der Inhaber des öffentl. Versammlungsorts an dem Glücksspiele selbst sich beteiligt o. nicht, ist bedeutungslos; RG. II 7. Juli 82 E. 7 21.

Wenn übrigens das Gesetz wiederholt den Plural „Glücksspiele, solche Spiele" gebraucht, so folgt es damit einem verbreiteten Sprachgebrauche (§ 110 N. 14) und soll keineswegs das Erfordernis einer Mehrheit von Spielen aufgestellt werden; so Oetker GS. 64 139 (es könne deshalb bei der schwurgerichtl. Fragestllg. die Einzahl substituiert werden); aM. Rubo N. 3.

3) Beide Mischtatbestände unterscheiden sich dadurch, daß das Wort „daselbst", d. h. an einem öffentl. Versammlungsorte, nur auf den ersteren Fall, das „Gestatten", nicht

auch auf den letzteren, die „Mitwirkung zur Verheimlichung", sich bezieht, wie sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift sich ergibt; diese ist dem PrStGB. § 267 entnommen, das seinerseits die §§ 1304 f. des PrALR. II 20 hat wiederholen wollen; RG. II 28. Feb. 82, 25. Feb. 87, E. **6** 70, R. **9** 153, Geyer **2** 73, Hälschner **2** 447, Merkel HH. **3** 828, Frank N. III 2, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 4.

4) Beide Mischtatbestände sind Kommissivdelikte; aM. Frank N. III 1 u. Landsberg Kommissivdel. S. 207, die im Falle a reines Omissivdel. annehmen, bzw. — ersterer — für möglich hält.

a) Die „Gestattung" (§§ 179 N. 5, 354 N. 5b) von Glücksspielen erfolgt der Natur der Sache nach häufiger stillschweigend als ausdrücklich und kann, sofern den Inhabern von öffentl. Versammlungsorten die Verpflichtung obliegt, Glücksspiele in ihnen zu verbieten, auch durch eine Unterlassung (T. I Abschn. 3 N. 3a) verübt werden, indem z. B. dieser Tatbestand vorliegt, wenn ein Gastwirt, der um den Betrieb von Glücksspielen in seinem Lokale weiß, nicht alles tut, was er kann, um sie zu verhindern, also das Spielen zuläßt bzw. vornehmen läßt; so die GM.

b) Wegen „Mitwirkung" vgl. § 243 N. 48, wegen „Verheimlichung" § 259 N. 9. Mit Recht ist dieser Tatbestand angenommen: bei der Nichtverhinderung der Fortsetzung eines begonnenen Spieles und der in dieser Unterlassung liegenden weiteren Gewährung des Zimmers bzw. der Karten; RG. II 25. Feb. 87 R. **9** 153; bei der Einräumung eines nicht jedem zugänglichen, wenn auch nicht verschlossenen Privatzimmers in einem Gasthause; Berlin 26. Juni 72 O. **13** 372.

5) Die Frage, ob wegen der polizeilichen Natur des Verg. (s. o. Abschn. 25 N. 1) sowohl vorsätzliches wie fahrlässiges Handeln bestraft werde, oder ob die Fassung des Gesetzes ausnahmsweise (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4) die Annahme rechtfertige, daß nur vorsätzliches Handeln bestraft werde, ist i. S. der letzteren Alternative zu beantworten; RG. II 25. Feb. 87 R. **9** 153. Dafür spricht einerseits der Ausdruck „Gestatten", in dem das Moment der Einwilligung ausgedrückt liegt (RG. III 29. Apr. 86 R. 8 317, Geyer **2** 73), dann auch der Ausdruck „Mitwirken", der regelmäßig nur von vorsätzlichem Handeln gebraucht wird, sowie die Unwahrscheinlichkeit, daß der Gesetzgeber hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes bei beiden Alternativen einen Unterschied beabsichtigt habe.

6) Als Strafe ist „allein angedroht" Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27), also eine Vergehensstr. ($§ 1_2$), die gemäß $§ 28_2$ (das. N. 6a) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach $§ 67_2$ (das. N. 4b) in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 75^{14}.

§. 286.

Wer ohne obrigkeitliche Erlaubniß öffentliche Lotterien veranstaltet, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

Den Lotterien sind öffentlich veranstaltete Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleich zu achten.

PrStGB. § 268. Entw. I § 268, II § 281. StB. S. 724.

1) Vgl. § 284 N. 1—6, insbs. N. 6a über die Frage, ob die landesgesetzlichen Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien aufgehoben seien.

2) Die „Lotterien" und „Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen", von denen § 286 handelt, sind, wenn sie auch nicht zu denjenigen Glücksspielen gehören, welche die §§ 284, 285, 360^{14} im Auge haben (Glücksspiele i. e. S.; § 284 N. 7), dennoch eine Art der „Glücksspiele" i. w. S.; denn auch sie sind auf zweiseitigem Vertragsverhältnisse beruhende Spiele, bei denen die Entscheidung über Gewinn oder Verlust vom Zufall abhängt (§ 284 N. 2, 4); RG. III 9. Apr. 94, 21. Feb. 95, IV 12. März 95, E. **25** 256, **27** 47, 94, III 8. Apr. 97, I 30. Apr. 03, G. **45** 58, **50** 281 (letztere beide btr. Preis-

kegelschieben). Die gewöhnlichste Art der Ermittelung der Gewinne ist die Losziehung, aber sie ist nicht, wie Frank N. II 1 annimmt, die allein zulässige; vgl. das zit. RG. E. 27 47 i. V. mit II 1. Apr. 84, 29. Sept. 85, E. 10 245, 12 388. So können zunächst (vgl. Binding aO. 410) die Lose durch Surrogate ersetzt werden; RG. I 22. Nov. 83, 5. Mai 87, E. 9 201, R. 9 300, letzteres btr. den Ersatz der Losziehung durch Auswahl von Warenpaketen seitens der Käufer, die entweder Anweisungen auf Gewinne oder bloße Geschäftsanpreisungen enthielten; sowie das § 284 N. 2 zit. I E. 34 140 u. ihm zustimmend II 11. Okt., IV 15. Okt., I 17. Okt. 01, E. 34 321, 390, 403, I 24. Juni 01 G. 48 358 (vgl. auch VII ZS. 18. Apr. 05 EZS. 60 380, den Straffenaten sich anschließend), ferner München OberstesLG. 2. Juli 01 E. 1 429: sog. Hydra-, Gella- o. Schneeball- o. Lawinengeschäfte (auch Rabattsystem multiplex), die z. B. des Absatzes von Waren veranstaltet würden, seien Ausspielungen, weil dem Käufer der „Kupons" (regelmäßig) im Augenblick des Vertragsabschlusses nicht erkennbar sei, ob die im Prospekt gestellten Bedingungen für ihn erfüllbar seien; billigend auch: Binding Lb. 1 411, Finger, Braun, DJZ. 6 403, 453, letzterer auch: Recht 5 Nr. 16; aM.: Staub, v. Liszt, DJZ. 6 193, 195, 404; vgl. auch II 27. Feb. 03 E. 36 123, das Vorliegen einer L. ohne Losziehung bejahend, wenn der Witwe desj. Beziehers einer Zeitung, der während des Bezugsvierteljahrs als erster in seinem Beruf tödlich verunglückt, eine Geldsumme versprochen wird. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß zu solchen das Würfeln nicht gehört; denn wollte man auch dieses, sofern es um Geld geschieht, als eine Art des Lotteriespiels ansehen, so würde das gleiche auch für Hasardspiele gelten müssen, bei denen die Ausgabe von Karten o. das Rollen einer Kugel entscheidet; damit würde aber jeder Unterschied zwischen Lotterien und anderen Glücksspielen verschwinden (RG. zit. E. 10 245, II 24. Nov. 91 G. 39 336); andererseits wird aber ein Kartenspiel dadurch, daß die Gewinnkarten, wie bei der sog. Kartenlotterie, als Lose bezeichnet werden, nicht zur Lotterie; vgl. das zit. RG. E. 12 388 (§ 284 N. 7_1). Weiter ist nicht erforderlich, daß die Ziehung allein über den Gewinn entscheide; es kann ihr namentl. eine eigene Tätigkeit der Mitspielenden, z. B. die Lösung von Preisrätseln, vorausgehen; RG. I 2. Mai 87 E. 16 83 (Gewinner sollte der sein, dessen Lösung des Preisrätsels in den bei der vorzunehmenden Ziehung zuerst gezogenen 3 Kuverten sich befinden würde); ferner das zit. RG. E. 25 256 (über den Gewinn entschied die Auswahl unter einer Reihe gleichzeitig eingegangener Lösungen von Preisrätseln); ähnlich II 18. Juni 97 G. 45 278; vgl. auch N. 5k. An die Stelle der Ziehung kann aber auch jede andere Tätigkeit treten, die zur Feststellung des Gewinnloses o. seines Surrogates führt, und zwar braucht dies nicht bloß eine solche des Lotterieunternehmers o. eines seiner Organe zu sein, sd. sie kann auch in der Handlung eines unbeteiligten Dritten bestehen; so das zit. RG. E. 27 47 (Gewinnlos war dasj., welches die gleiche Nr. mit dem in dem unmittelbar bevorstehenden Rennen siegenden Pferde trug); vgl. zu diesem Urteil erläuternd das zit. E. 34 140 (144 f.). Die Entscheidung über den Gewinn kann nach dem zit. RG. E. 27 94 sogar von der Willkür des Unternehmers abhängig gemacht werden; auch das zit. E. 25 256, insofern die Willkür des Unternehmers wenigstens zum Teil mitwirkend war; vgl. dagegen das zit. G. 45 278, das offenbar auf dem — auch diesseits geteilten — Standpunkt steht, daß ein festbestimmter, der einseitigen Willkür entzogener Spielplan vorliegen müsse.

3) Im weiteren S. sind die „Lotterien" nur eine Art der „Ausspielungen", nämlich solche, bei denen Geld ausgespielt wird. Doch hat der Sprachgebrauch dahin sich befestigt, daß man die Bezeichnungen „Lotterien" und „Ausspielungen" gegensätzlich braucht, je nachdem Geld oder andere bewegliche o. unbewegliche Sachen die Gewinne bilden; so die GM., insbs. RG. II 1. Apr. 84 E. 10 245, I 5. Mai 87 R. 9 300. Bestehen die Gewinne teils in Geld, teils in anderen Sachen, so liegt eine Verbindung von „Lotterie" und „Ausspielung" vor. Desgleichen liegt eine solche Verbindung vor, wenn dem Gewinner im Spielvertrage das Recht verliehen wird, nach seiner Wahl eine „Sache" oder eine dafür festgesetzte „Geldsumme" zu verlangen, mag diese dem Werte entsprechen oder nicht; RG. II 17. Dez. 80 E. 3 123 sowie das zit. E. 10 245 (anders, wenn nur tatsächlich nachher statt

Sachen Geld ausgezahlt werde, oder wenn es um ein dem Ausspielvertrage hinzugefügtes, vom Willen des Gewinners abhängig gemachtes weiteres Abkommen über die Art der Erfüllung sich handele, es sei denn, daß diese Form lediglich zur Umgehung des Gesetzes gewählt werde).

Sonach gilt, was von „Lotterien" gesagt wird, auch von „Ausspielungen", gleich wie Abs. 2 die letzteren den ersteren „gleichachtet", weshalb dem Abs. 1 gegenüber dem Abs. 2 u. umgekehrt nicht die Bedeutung „eines anderen Strafgesetzes" i. S. der StPO. § 264_1 zukommt; **RG.** IV 15. März 98 **E. 31** 71.

4a) Die Eigentümlichkeit des als Lotterievertrag (s. übrigens N. 9) bezeichneten Glückspieles besteht darin, daß nach einem vorher festgestellten Plane der eine Kontrahent, der Lotterieunternehmer, die Hoffnung auf einen, von einem ungewissen, wesentlich durch Zufall (N. 2) zu entscheidenden Ereignisse abhängigen Gewinn dem anderen Kontrahenten, dem Spieler, überläßt und zwar gegen die Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrages, des Einsatzes, mindestens für den Fall, daß die vom Spieler erhoffte Tatsache gerade bei ihm nicht eintritt; so im wesentlichen die GM., insbs. **RG.** I 5. Jan. 80, 9. Feb. 82, II 26. Okt. 80, 12. Apr. 81, IV 11. Jan. 89, **E. 1** 133, **5** 432, **2** 390, **4** 80, **18** 342, III 28. Mai 81, 24. Apr. 83, **R. 3** 345, **5** 283. Liegt die Möglichkeit vor, das Spiel gegen jedesmalige Erneuerung des Einsatzes beliebig oft zu wiederholen, so kann von einem „Spielplan" im obigen S. nicht die Rede sein; **RG.** III 25. Sept. 93 **G. 41** 283 (btr. ein in einer sog. Glücksbude betriebenes Würfelspiel um Geld).

b) Die Ausspielung erfordert begrifflich, daß dem Publikum gegen Entrichtung eines Einsatzes die Hoffnung in Aussicht gestellt werde, je nach dem Ergebnisse einer wesentlich durch Zufall bedingten Ziehung o. eines ähnlichen zur Herbeiführung des Ergebnisses benutzten Mittels einen mehr o. weniger bestimmt bezeichneten Wertgegenstand zu gewinnen; **RG.** I 9. Feb. 82, II 1. Apr. 84, IV 30. Apr. 89, **E. 5** 432, **10** 245, **19** 257, III 13. Dez. 83, **R. 5** 775. Der Begriff wird dadurch nicht beseitigt, daß beide Teile unbedingt verpflichtet sind, sobald nur eine Ungewißheit anderer Art besteht, über die durch eine Veranstaltung irgendwelcher Art entschieden wird, mittels der die Entscheidung wesentlich vom Zufall abhängig gemacht wird; der Begriff erfordert auch nicht, daß die Ausspielung — deren häufigste Form das Spiel ist — Gewinn o. Verlust auf der einen o. anderen Seite und damit die Beschädigung des einen o. anderen Teiles bedinge o. bezwecke, noch daß tatsächlich der eine o. andere Gewinn o. Verlust gehabt habe; **RG.** II 18. Mai 88, 11. Okt. 01, **E. 17** 379, **34** 321, III 18. Sept. 97 **G. 45** 419. Eine Ausspielung verliert dadurch nicht ihren Charakter u. wird nicht dadurch zu einem Glücksspiel i. S. des § 284, daß nach den Spielregeln dem Gewinner gg. Verzicht auf die gewonnene Sache das Weiterspielen ohne Einsatz gestattet wird; **RG.** I 18. Apr. 04 **G. 51** 351. Ebensowenig wird der Begriff der Ausspielung dadurch ausgeschlossen, daß die sich Beteiligenden, falls das entscheidende Moment nicht zu ihren Gunsten ausschlägt, nach den geltenden Bedingungen die Möglichkeit haben, einen der ausgesetzten Gegenstände ohne eine dessen Wert übersteigende Gegenleistung käuflich zu erwerben; **RG.** IV 15. Okt. 01 **E. 34** 390. Bejaht wurde das Vorliegen einer Ausspielung von: **RG.** I 25. Feb. 89 **E. 19** 11 (in einem Handelsgeschäfte wurden Waren in einer Umhüllung, die deren Art u. Beschaffenheit nicht erkennen ließ, zu einem festen Preise verkauft, wobei seitens der Handlung ein dem Preise entsprechender Minimalwert der Ware und ein höherer, durch Zufallswahl zu erlangender, Maximalwert versprochen wurde), IV 22. Sept. 96 **E. 29** 66 (btr. in einem Schanklokale aufgestellten Würfelautomaten), sowie von I 14. Feb. 01 **E. 34** 140 u. dem zit. **E. 34** 321 btr. der sog. Hydra- (Gella-) o. Schneeballgeschäfte, die behufs Absatzes von Waren veranstaltet werden; verneint dagegen von dem zit. **R. 5** 775 (in einem Falle, wo die Sachen vor dem jedesmaligen Auswürfeln an die Spieler verkauft wurden und letztere dann durch Würfeln bestimmten, wem von ihnen die Sachen zufallen sollten), während nach I 30. Apr. 03 **G. 50** 281 ein „Preiskegelschieben", je nach den Umständen ein Geschicklichkeits- o. ein Zufallsspiel sein u. im letzteren Fall unter Abs. 2 fallen kann. Insbs. wurde das Vorhandensein eines Einsatzes von **RG.** I 15. Feb. 97 **G. 45** 56 angenommen, obwohl der Verkäufer

einer Ware (Tabak in Paketen) für die mit dem Ankaufe gewährte Gewinnchance (Anweisung auf einen Gegenstd. o. Geld in einem der Pakete) dem Käufer den Preis nicht höher berechnete, als er ihn ohne die Gewinnchance berechnet haben würde, und zwar weil der Käufer früher mit dem Preise auch das Entgelt für die zu den Geschäftsunkosten gehörigen Ausgaben für Annoncen zu entrichten hatte.

5) Die tatsächliche Gestaltung des Lotteriespiels u. ebenso — wenn nicht noch in verstärktem Maße — der Ausspielung geht in der Regel über seine begrifflich notwendigen Erfordernisse hinaus; vgl. btr. der Ausspielung das N. 4b zit. **RG.** E. **34** 140 (145).

a) Während ein Lotterieunternehmen meist den Abschluß einer Reihe von Lotterieverträgen desselben Unternehmers mit einer Mehrheit von Spielern mit sich bringt, erfordert der Begriff der Lotterie nicht die Teilnahme mehrerer an der Gewinnziehung, vielmehr genügt die eines einzelnen Spielers; **RG.** I 7. Mai 80, 9. Feb. 82, II 1. Apr. 84, E. **1** 414, **5** 432, **10** 245. Das unbefugte Halten sog. Glücksbuden fällt deshalb auch unter § 286; so die GM., insbs. das zit. **RG.** E. **10** 245 (nicht nur nach dem Sprachgebrauch, der auch dergl. Spiele um Eßwaren und kleinere Wertgegenstände als Ausspielungen bezeichne, sondern auch nach der historischen Entwickelung des § 286 aus dem PrALR. bzw. PrStGB.).

b) Der Spieler geht meist ein Risiko ein; notwendig ist solches jedoch nicht (aM. Berner S. 617; unentschieden **RG.** III 28. Apr. 84 E. **10** 398), denn ein Lotterievertrag liegt auch dann noch vor, wenn der Abnehmer des Loses mit diesem unbedingt einen Gegenstand gewinnt, der dessen Preise gleichwertig ist (so: **RG.** II 18. Mai 88 E. **17** 379, III 18. Sept. 97 G. **45** 419, Hälschner **2** 452), ja sogar selbst dann, wenn für den Handelspreis einer Sache diese und daneben die Aussicht auf einen Geldgewinn gewährt wird; **RG.** II 18. Nov. 01 E. **34** 447.

c) Der Spieler hat regelmäßig einen Einsatz im voraus zu zahlen; doch kann die Zahlung auch nachträglich erfolgen und es ist dem Begriff der Lotterie sogar nicht entgegen, wenn der Einsatz nur für den Fall des Verlustes bestimmt ist, für den des Gewinnes aber gar nicht gezahlt wird; so das zu a zit. **RG.** E. **1** 414.

d) Der regelmäßig zu leistende Einsatz ist meist an sich bestimmt und erkennbar; der Einsatz verliert aber seinen Charakter als solcher dadurch nicht, daß er mit der Gegenleistung für ein anderes Anrecht, z. B. den Genuß einer Theatervorstellung oder den Bezug eines Abonnementswerkes, derart in Verbindung gebracht wird, daß beide Leistungen in ihrer Individualität nicht besonders hervortreten, ja der Einsatz vielleicht nicht einmal im Wege der Schätzung festgestellt werden kann; **RG.** II 9. Jan., 26. Okt. 80, E. **1** 53, **2** 390, III 28. Mai 81 R. **3** 345, das zu b zit. E. **34** 447, I 2., 5. Mai 87, 15. Feb. 97, E. **16** 83, R. **9** 300, G. **45** 56. Übrigens wird die Veranstaltung einer Lotterie nicht ohne weiteres dadurch ausgeschlossen, daß an dem Unternehmen nicht bloß die Abonnenten der es ausschreibenden Zeitung, deren Einsatz in dem Abonnementsbetrage enthalten ist, sondern nach Inhalt der Ausschreibung auch einzelne Nichtabonnenten sich beteiligen können; **RG.** III 15. März 94 E. **25** 180.

e) Eine Lotterie erfolgt meist nach einem vorher, namentl. hinsichtlich der Lose u. Gewinne, festbestimmten Ziehungsplane; doch ist ein solcher nicht notwendig, vielmehr kann die nähere Ausführung des Planes von den Umständen, insbs. dem Maße der Beteiligung, abhängig gemacht und im voraus nur in Umrissen festgesetzt werden; Berlin 18. Mai 76 St. **6** 357.

f) Das entscheidende Ereignis liegt meist in der Zukunft; es kann aber der Gewinn auch von einem in der Vergangenheit liegenden, jedoch noch unbekannten Ereignisse abhängig gemacht werden, so z. B. beim Promessenverkauf (N. 6) von einer bereits auswärts erfolgten Auslosung.

g) Die Entscheidung für die einzelnen Spieler erfolgt meist durch einen Gesamtakt; sie kann aber auch für jeden Mitspieler äußerlich getrennt geschehen; so die zu a u. d zitt. **RG.** E. **1** 414, R. **9** 300.

h) Regelmäßig wird seitens des Lotterieunternehmers selbständig ein ungewisses Ereignis bezeichnet, an dessen Eintritt er seine Verpflichtung geknüpft wissen will; es steht

indessen nichts entgegen, daß er den für eine andere, z. B. eine Staatslotterie, maßgebenden Zufall zugleich für die von ihm selbst veranstaltete Lotterie als entscheidend erklärt; RG. II 26. Okt. 80 E. 2 390.

i) Die Ziehung entscheidet meist darüber, welchen Spielern die Gewinne zufallen, nicht darüber, ob überhaupt Gewinne gewährt werden sollen. Das Gegenteil kann jedoch eintreten, nicht bloß in dem Falle der Beteiligung eines einzelnen Spielers (a), sondern es steht auch sonst im Ermessen des Unternehmers, den Spielplan so festzustellen, daß entweder jeder Spieler oder keiner gewinnt; so: RG. II 26. Okt. 80 E. 2 390, Endemann Lotterie S. 147 N. 2; aM. RG. III 10. Jan. 80 R. 1 209.

k) Die Entscheidung bei Lotterien hat durch den Zufall zu erfolgen; es steht jedoch begrifflich nichts entgegen, daß der Gewinner des ersten Gewinns nicht durch den Zufall, sondern durch persönl. Geschicklichkeit bestimmt wird, wenn nur die anderen Gewinner im Wege einer bloßen Berechnung nach der zufälligen Losnummer des ersten Gewinners festgestellt werden; Berlin 18. Mai 76 St. 7 357. Vgl. auch N. 2, insbs. das dort zit. RG. E. 25 256.

6) Nach den vorhergehenden Erörterungen beantwortet sich die praktisch wichtige Frage nach der Natur des sog. Heuer- oder Promessengeschäfts (vgl. Endemann Lotterie S. 146). Es liegt vor, wenn jemand durch Verschreibungen dem Käufer einer solchen gegenüber sich verpflichtet, für den Fall, daß auf das in dem Scheine (sog. Lotterieanteil- o. Partialscheine) bezeichnete Staatslotterielos bei der Ziehung ein Treffer fallen, bzw. die daselbst bezeichneten Serien- o. Obligationsnummern einer Prämienanleihe bei der Prämienverlosung gezogen werden sollten (sog. Promessenverkauf i. e. S.), den entsprechenden Gewinnanteil zu überlassen; s. N. 7 I. Hier liegt selbst dann, wenn der Aussteller der Verschreibung das Los wirklich spielt ꝛc. und nicht mehr Anteile verkauft, als er besitzt, ein Lotteriespiel vor, solange er dem Abnehmer nur die Hoffnung auf den Gewinnanteil gewährt; deshalb kann in der Lieferung von Bezugscheinen auf Prämienlose, wenn diese letzteren erst nach Entrichtung sämtlicher Ratenzahlungen an die Abnehmer ausgehändigt werden sollen, während zugleich der Versender sich verpflichtet, im Falle eines während der Ratenzahlungen entfallenden, unter dem Kurswerte stehenden Minimalgewinns an Stelle des gezogenen ein gleichwertiges Los unter den gleichen Bedingungen mit Verzicht auf Anzahlung und Kursdifferenz zu liefern, die Veranstaltung einer öffentl. Lotterie gefunden werden; RG. I 26. Mai 84 R. 6 372. Dagegen liegt ein an sich erlaubtes sog. Kompagniespiel vor, sobald der Verkaufswille auf Gewährung der Lose selbst (wenn auch nur zu einem aliquoten Teile) gerichtet ist, also ein Loskauf vorliegt, mag der Käufer schon vor Erledigung etwaiger Ratenzahlungen Eigentum im Wege des constitutum possessorium (BGB. §§ 930, 933) erlangt haben oder der Verkäufer bis zu dieser Erledigung im Eigentum verblieben sein; auf die Frage, wann das Eigentum übergehe, kommt es nicht an. So die GM., insbs. RG. I 5. Jan. 80, II 12. Apr. 81, 24. Okt. 82, E. 1 133, 4 80, 7 161, III 28. Mai 81 R. 3 345, I. ZS. 30. Okt. 86 E. ZS. 18 79, namentl. btr. des sog. Promessenverkaufs i. e. S. Berlin 12. Okt. 71, 8. Okt. 75, O. 12 509, 16 647. AM. in letzterer Beziehung das N. 5 i zit. RG. R. 1 209 (vgl. § 284 N. 6b wegen der Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften).

Ergibt sich aus den Modalitäten eines angeblich nur über den Verkauf von Prämienlosen zu Eigentum abgeschlossenen Vertrages, daß eigentlich oder außerdem noch die Überlassung einer Gewinnhoffnung den Gegenstand des Vertrages bildet, so liegt die Veranstaltung einer Lotterie vor; RG. I 3. Jan. 84 E. 9 405. Auch hat RG. IV 20. Aug. 85 R. 7 621 angenommen, daß zwar der Verkauf eines Prämienloses unter Suspension des Überganges des Eigentums an den Käufer bis zur Zahlung mehrerer Raten des Kaufpreises an sich kein Veranstalten einer Lotterie darstelle, wohl aber dann, wenn festgesetzt sei, daß unter gewissen Bedingungen der Gewinn dem Verkäufer zufalle und er dem Käufer ein anderes Los zu liefern habe; vgl. auch das zit. RG. E. ZS. 18 79.

Für die Bejahung der Frage, ob durch den Verkauf von Lotterieanteilscheinen das Eigentum der verkauften Anteile auf den Käufer übergehe, genügt nicht die Feststellung

einer dahingehenden ernstlichen Absicht des Verkäufers, vielmehr bedarf es noch des Nachweises einer rechtsverbindlichen Ausführung der Absicht; RG. II 17. Dez. 80 R. 2 639 (wegen des Dolus s. N. 11).

In einem konkreten Falle ist die Verneinung der Eigentumsübertragung von Anteilscheinen an Prämienanleihlosen für nicht ausreichend festgestellt erachtet, weil auf Grund irriger Rechtsansichten die schriftliche Eigentumsübertragung als nur zum Scheine geschehen angenommen worden war; RG. I 13. Juni 81 R. 3 387.

7) Die Lotterien (Ausspielungen) müssen „öffentliche" sein. Als solche sind die anzusehen, an denen unbestimmt welche und wie viele Personen — das Publikum — sich beteiligen können (§§ 110 N. 5_2, 115 N. 1b), ohne Rücksicht darauf, wer schließlich sich beteiligt hat. Den Gegensatz dazu bilden die in „Privatkreisen" veranstalteten Lotterien. So die GM., insbs. RG. II 12. Apr., I 7. Mai 80, 9. Feb. 82, III 21. Feb. 95, E. 1 357, 414, 5 432, 27 47, III 21. Mai 81 R. 3 320 (die Lose müßten nach der Absicht des Veranstalters nicht bloß in einem durch besondere individuelle Beziehungen zu ihm — eine Gleichheit des Berufs, persönliche Bekanntschaft, gemeinsame Interessenverbindung ꝛc. — begrenzten Personenkreise, sondern einer Mehrzahl beliebiger unbestimmter Personen angeboten bzw. zugänglich gemacht werden). Eine etwas abweichende Auffassung läßt RG. II 15. Feb. 87 E. 15 274 in der Ausführung erkennen, daß die feste Begrenzung des Personenkreises für sich allein ebensowenig maßgebend sei, wie die bloße Gemeinschaft des Berufs u. der Interessen; es müßten vielmehr, was tatsächl. Beurteilung unterliege, die durch Beruf ꝛc. begründeten Beziehungen derartige sein, daß die dem Kreise Angehörigen in näherer Verbindung zueinander ständen; ähnlich I 12. Jan. 99 E. 31 413. Demgemäß ist in der Praxis die „Öffentlichkeit":

I. angenommen worden: wenn jemand mit dem Anbieten der Lose auch nur an einzelne, aber nicht in jenen individuellen Beziehungen zu ihm stehende Personen in deren Privaträumen sich gewendet hat, bzw. bei Ausspielung von Waren unter Spielern, die der Veranstalter beim Angebot in öffentl. Lokalen fand; so die zitt. RG. E. 1 357, 414; wenn jemand gewerbsm. Partialscheine vertreibt, inhalts deren er sich verpflichtet, jedem Käufer derselben (sog. Abonnenten) einen bestimmten Teil von dem auf ein darin nach Serie u. Nr. bezeichnetes Staatsprämien- u. Anlehnslos fallenden Gewinn nach Einkassierung des letzteren zu zahlen; Berlin KG. 15. Mai 84 Jahrb. 4 339;

II. verneint worden: bei einer Ausspielung, die ein Fabrikarbeiter unter den ca. 100 Personen zählenden Formern u. Tischlern der Fabrik (ohne daß ein Wechsel im Arbeitspersonal in der qu. Zeit konstatiert war); zit. RG. E. 15 274;

III. nicht unbedingt angenommen beim Absatz von Waren im Umherziehen durch Veranstaltung von Ausspielungen; RG. IV 15. Okt. 86 E. 14 384.

8) „Veranstalter" einer Lotterie ist, wer es unternimmt, eine Lotterie nach Maßgabe der Ausführungen in den N. 4, 5 ins Werk zu setzen; RG. I 5. Jan. 80, 9. Feb. 82, 6. Nov. 84, E. 1 133, 5 432, 11 211; auch III 18. Nov. 01 E. 34 447, das i. c. den Angekl. als Prokuristen seiner Frau für den Veranstalter erachtete.

Die Veranstaltung besteht darin, daß jemand die Einrichtung trifft, durch die dem Publikum die Gelegenheit geboten wird, durch einen Einsatz die Aussicht auf einen vom Zufall abhängigen Gewinn zu erwerben; RG. I 23. Dez. 01 E. 35 44. Sie liegt schon dann vor, wenn der Ziehungsplan anderen kundgegeben und die Beteiligung des Publikums an dem Unternehmen durch Erwerb eines Anrechtes auf eventuellen Gewinn ermöglicht worden, mag auch das Unternehmen nicht zustande gekommen bzw. zu Ende geführt sein, insbs. der Absatz von Losen nicht stattgefunden haben. So die GM., insbs. RG. II 12. Apr. 80, 13. Apr. 83, I 29. Sept. 81, 9. Feb. 82, IV 30. Apr. 89, E. 1 357, 8 292, 5 39, 432, 19 257, I 15. Feb. 97 G. 45 56. Ermöglicht ist aber die Teilnahme der Spieler aus dem Publikum erst von dem Augenblicke an, in dem die Formalitäten erfüllt werden können, von deren Nachweis der Spielplan die Geltendmachung der Rechte der einzelnen Teilnehmer abhängig macht; das ist aber nicht der Fall, wenn bei einem lediglich auf den Verkauf von Losen gegründeten Spielplan nur eine vorläufige Ausschreibung stattgefunden

hat, noch bevor die Lose herbeigeschafft und zur Abgabe verfügbar sind; RG. I 22. Nov. 83 E. 9 201. Anders lag jedoch, trotzdem die Lose noch nicht fertiggestellt waren, der Fall in dem zit. RG. E. 19 257 nach der Feststllg., daß der Angekl. in der Lage war, ein Los herzustellen und dem Käufer der Ware in seinem Laden einzuhändigen.

Hiernach ist die Veranstaltung einer Lotterie zu verneinen, wenn jemand für eine bestehende Lotterie Lose ausbietet u. absetzt, auch wenn er den Betrieb bei beschränkter Genehmigung auf einen bestimmten örtlichen Bereich (z. B. auf die PrProvinzen Rheinland u. Westfalen) über das erlaubte Gebiet hinaus (z. B. nach Schlesien) ausdehnt; RG. I 29. Sept. 81 E. 5 39, III 23. Nov. 81 R. 3 728 (vgl. zu letzterem das zit. E. 34 447, insbs. 449).

Die Einrichtung, in der die Veranstaltung einer L. liegt, ist unabhängig von der Art u. Weise, wie sie dem Publikum bekannt gemacht wird, weshalb die Ankündigung durch die Presse ohne Einfluß auf die Zuständigkeit ist (vgl. EGGVG. § 6); zit. RG. E. 35 44.

Begehungsort der Straftat ist das Inland, auch falls Bekanntmachungen, in denen die Veranstaltung der L. bzw. der Ausspielung zu finden ist, von dem im Inl. befindlichen Wohnsitz des Täters aus nur im Ausl. verbreitet sind (§ 3 N. 5_3); RG. IV 17. Dez. 01 G. 48 452.

9) Wenn die „Veranstaltung“ öffentl. Lotterien mit Strafe bedroht wird, so soll durch die Strafdrohung nicht sowohl das Feilbieten u. Absetzen von Losen im einzelnen, als vielmehr das Unternehmen als solches mit Strafe bedroht werden, also die auf den Betrieb der Lotterie gerichtete Kollektivtätigkeit (§ 73 N. 7b); deshalb greifen btr. der Aburteilung der einzelnen, demselben Lotterieunternehmen dienenden, Akte die gleichen Grundsätze Platz wie beim gewerbs- o. gewohnheitsm. Delikte (§ 260 N. 8); RG. II 13. Apr. 83, I 6. Nov. 84, E. 8 292, 11 211 (L. sei die auf den Abschluß u. die Ausführung einer Anzahl zusammenhängender Lotterieverträge gerichtete Unternehmung).

10) Nur die „ohne obrigkeitliche Erlaubnis“ erfolgende Veranstaltung einer öffentl. Lotterie ist strafbar. Die „Erlaubnis“, die auch ganz allgemein, ohne Beschränkung auf einen bestimmten Spielplan, erteilt sein kann (RG. III 29. Mai 93 G. 41 134), muß von der nach Landesgesetz zuständigen „Obrigkeit“ (§ 110 N. 19, 20) erteilt sein; RG. I 22. Nov. 80 E. 3 49. Eine formgemäß erteilte Erlaubnis unterliegt der richterl. Kritik, insbs. hinsichtlich ihrer Zweckmßgkt., nicht; zit. RG. G. 41 134.

Die erforderliche „Erlaubnis“ fehlt:

a. wenn die von der Behörde der Veranstaltung gezogene Schranke bzw. gestellte Bedingung überschritten wird, da alsdann die tatsächlich veranstaltete Lotterie nicht genehmigt worden ist; RG. II 17. Dez. 80, 1. Apr. 84, E. 3 123, 10 245 (btr. die Aushändigung von Geldbeträgen als Gewinne, trotzdem nur eine Ausspielung von Sachen genehmigt war, bzw. eine Ausspielung mit 8 statt nur mit 3 Würfeln), sowie I 18. Apr. 04 G. 51 351 btr. einen dem letzteren ähnlichen Fall. In einem Falle der ersteren Art ist das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis mit Rücksicht auf das wirtschaftliche Ergebnis auch schon dann angenommen, wenn an Stelle der gewonnenen Sachen ein — nicht einmal im voraus festbestimmter — Geldbetrag nicht kraft Rechtsanspruches, sondern nur kraft einer dem Veranstalter bekannten generellen Übung gezahlt wurde; RG. II 28. Feb. 96 E. 28 236;

b. wenn das Angebot der Lose zwar nach Nachsuchung, aber vor Erteilung der Erlaubnis erfolgte, mag auch das Angebot unter der Mitteilung geschehen, daß die Erlaubnis noch ausstehe und im Falle ihrer Nichtgewährung das Unternehmen rückgängig werden solle; RG. III 21. Mai 81 R. 3 320, I 9. Feb. 82 E. 5 432.

11) Bei der polizeilichen Natur des Verg. (s. o. Abschn. 25 N. 1 sowie u. Abs. 3) ist, da weder der Wortlaut noch andere Gründe zu einer gegenteiligen Auffassung nötigen, anzunehmen (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4_2), daß § 286 sowohl das vorsätzliche wie das fahrlässige Zuwiderhandeln umfaßt; so: Merkel HH. 4 456, Frank N. VIII; die GM., namentl. die Praxis des RG. (Bew. I 22. Nov. 80, 2. Mai 87, IV 30. Apr. 89, E. 3 49, 16 83, 19

257 insbs. 260 sowie ausdrücklich II 15. Feb. 95 E. **27** 31), ferner insbs.: Binding Lb. **1** 411, Hälschner **2** 454 nehmen an, daß nur das vorsätzl. Handeln bestraft werde.

Handelte es sich aber auch um ein vorsätzliches Vergehen, so würde dennoch mit Rücksicht auf § 59 eine Bestrafung nicht eintreten können, wenn der Veranstalter zuvor von einer obrigkeitlichen Person die Erlaubnis erhielt, jedoch die fehlende Zuständigkeit nicht kannte; zit. RG. E. **3** 49, Hälschner **2** 454, Frank aO. Dagegen würde nach überwiegender Ansicht (vgl. § 59 N. 30) für strafbar zu erachten sein, sowohl wer in Unkenntnis von der Notwendigkeit obrigkeitl. Erlaubnis eine öffentl. Lotterie veranstaltet (so: RG. III 25. Sept. 80, IV 30. Apr. 89, E. **2** 268, **19** 257, Frank aO.; aM.: Binding, Hälschner aO.), als auch wer die von ihm getroffene Veranstaltung unrichtig nicht für eine L. erachtet (RG. IV 16. Apr. 86 R. **8** 295, zit. E. **16** 83), weil in beiden Fällen ein Irrtum über Inhalt und Bedeutung des Strafgesetzes vorliegen würde.

Der Zweck, den der Unternehmer verfolgt, ist gleichgültig, denn das zur Erreichung eines vielleicht löblichen Zweckes gewählte Mittel entscheidet; es zeigt sich hierin die polizeiliche Natur des Deliktes. So die GM., insbs. RG. II 9. Jan. 80 E. **1** 53.

12) Btr. der Teilnahme gelten die allg. Grundsätze des T. I Abschn. 3, namentl. btr. der Beihilfe (§ 49); vgl. RG. III 9. Apr. 94 E. **25** 256, i. c. das Vorliegen der Beih. in subj. Beziehung verneinend; ferner IV 23. Nov. 94 E. **26** 225 btr. Beih. seitens des Redakteurs eines Annoncenblattes. Beih. wird insbs. begangen mittels des nur im Interesse und für Rechnung des Unternehmers, wenn auch gegen Entschädigung, vorgenommenen Feilbietens und Verkaufs von sog. Partialscheinen (N. 6); RG. I 5. Jan. 80 E. **1** 133. Die Frage, ob der an einer unerlaubten öffentl. L. als Spieler sich Beteiligende, bei Kenntnis vom Mangel der Erlaubnis, der Beih. schuldig sei, ist zu verneinen, weil das Verg. bereits durch die Kundgebung des Planes und das Angebot zur Beteiligung vollendet ist (N. 8_2), durch diese selbst somit keine weitere Förderung enthält; ebenso im Resultat: Merkel S. 342, H. Meyer S. 607, Rüd.-St. N. 10; vgl. auch v. Kries ZStrW. 7 526. Wg. Abgrenzung von Täterschaft u. Beih. vgl. RG. III 3. Juli 02 G. **49** 279 sowie wg. eines zweifelhaften Falles von Mittäterschaft (§ 47) II 27. Feb. 03 E. **36** 123.

13) Wegen des Verhältnisses zum § 360[14] vgl. das. N. b.

Das Verg. aus § 286 kann mit Hinterziehung der Reichsstempelabgaben nach dem RstempelG. je nach Umständen in Ideal- o. Realkonk. (§§ 73 f.) treten; so btr. des RstempelG. in den alten Fassungen v. 1. Juli 1881, bzw. 3. Juni 1885, bzw. 27. Apr. 1894: RG. III 9. Juni 84, I 10. Nov. 87, IV 11. Jan. 98, E. **11** 9, **16** 301, **30** 396.

Mit dem Verg. aus GewerbeO. §§ 147[7b], 56c kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden, da, weil § 56c das Moment der Öffentlichkeit nicht erfordert, nicht etwa bloße Gesetzeskonk. vorliegt; RG. IV 15. Okt. 86 E. **14** 384. Ebenso ist Idealkonk. denkbar mit dem Verg. gg. § 7 des G. btr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894, insofern es um solche Urk. sich handelt, in denen ein Eigentums- o. Miteigentumsanspruch an dem Lose selbst beurkundet ist; RG. I 3. Jan. 01 G. **48** 111.

Wg. des Verhältnisses zum PrG. v. 19. Apr. 1894 btr. den Handel mit Anteilen u. Abschnitten von Losen zu Privatlotterien u. Ausspielungen vgl. RG. II 7. März 05 E. **37** 438 (Idealkonk. sei unmöglich; der Tatbestand des PrG. decke sich mit dem des § 286 in keinem Punkt, sd. sei stets außerhalb des Gebiets der Veranstaltung einer öffentl. Lotterie gelegen).

14) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3 bis 3000 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Darüber, daß PreßG. § 22 nicht Platz greift, falls die unerlaubte Ausspielung, die durch Aufgabe eines Preisrätsels begangen wurde, demnächst aber in weiteren Akten (Annahme der Einsendungen von Lösungen, Vornahme der Verlosung der Gewinne unter die Einsender richtiger Lösungen) sich fortsetzte, vgl. RG. I 15. Jan. 03 G. **50** 128 (das mit dem N. 8_2 zit. E. **35** 44 wohl vereinbar ist).

Zuständig ist (vgl. auch N. 8₄) i. F. des: Abs. 1 **Strafk. bzw. Schöffen G.**; GVG. § 73¹, § 75¹¹ (F. v. 5. Juni 05); Abs. 2 **Schöffen G.**; GVG. § 27³ᵈ (F. v. 5. Juni 05).

§. 288.*)

Wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandtheile seines Vermögens veräußert oder bei Seite schafft, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Gläubigers ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 284. Aktenst. Nr. 92, 1824 I. StB. S. 726f., 1174.

1) Wie die Bestimmungen der KO. §§ 239 ff., „die Sicherung und Durchführung der General-Exekution, d. h. des Konkurses, unter den Schutz des Strafgesetzes stellen" (und zwar ohne Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten), so verfolgt der dem Art. 310 des KglSächsRevidStGB. v. 1. Okt. 1868 nachgebildete § 288 nach den Motiven den Zweck, „die Verletzungen des Kredits und Benachteiligungen der Gläubiger, welche sich böswillige Schuldner im Hinblick auf eine drohende einzelne Hilfsvollstreckung so vielfach zuschulden kommen lassen, also die Vereitelung einer Spezial-Exekution nicht straflos zu lassen." Demselben Zweck dient übrigens tatsächlich auch der, eine bereits vollzogene Beschlagnahme, nicht bloß eine drohende Zwangsvollstreckung, voraussetzende § 137 (das. N. 3₃), der im übrigen auf einem anderen Gesichtspunkte beruht. Vgl. übrigens Stein GS. **49** 380 ff.

Objektiver Tatbestand. N. 2—12.

2) Die äußere Handlung besteht darin, daß der Täter bei (N. 7) einer seitens eines Gläubigers (N. 5) ihm (N. 6) drohenden (N. 4) Zwangsvollstreckung (N. 3) Bestandteile seines Vermögens (N. 11, 12) veräußert oder beiseite schafft (N. 8—10).

3) Unter „Zwangsvollstreckung" ist die durch die zuständige Behörde stattfindende Ausführung einer nach den Gesetzen vollstreckbaren, d. h. in Kraft zu setzenden, von dem Verpflichteten freiwillig nicht ausgeführten Entscheidung zu verstehen. Auch wenn es um eine auf Grund der Strafgesetze erkannte Einziehung sich handelt, steht eine Zwangsvollstrckg. i. S. des § 288 in Frage, da sie gemäß StPO. § 495 nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte zu erfolgen hat (vgl. übrigens § 113 N. 3₂); **RG.** II 7. Juni 87 E. **15** 164 (der Unterschied zwischen Zwangsvollstr. u. Strafvollstr. sei daher hier ohne Bedeutung).

Kommen praktisch auch vorzugsweise die gerichtlichen Zwangsvollstreckungen, einschließlich der Zwangsversteigerungen, in Betracht, so hat § 288 doch alle anderen Arten der Zwangsvollstreckungen gleichfalls im Auge, namentl. solche im Verwaltungsstreitverfahren und die sog. administrativen Zwangsvollstrckgen; so die OT., insbs. Berlin 1. Dez. 76 O. **17** 791 btr. die Zwangsvollstrckg. wegen einer im Verwaltungswege festgesetzten Ordnungsstrafe. Übrigens findet § 288 nicht nur Anwendung bei Zwangsvollstreckungen zur Deckung einer Geldforderung, sd. auch dann, wenn es um eine auf Herausgabe eines best. Gegenstandes o. Duldung der Wegnahme eines solchen gerichtete Zwangsvollstreckung sich handelt u. gerade dieser Gegenstd. dem Zugriffe im Zwangsvollstreckungsverfahren entrückt wird; **RG.** IV 12. Juli, 5. Dez. 05, G. **52** , E. 38 .

Dagegen ist die Vollziehung eines „Arrestes zur Sicherung der Zwangsvollstreckung" (ZPO. § 916) nicht selbst eine Zwangsvollstrckg. (vgl. jedoch N. 4₃); so: **RG.** I 22. Dez. 86, II 26. Juni 94, E. **15** 114, **26** 9, Binding Lb. **1** 418 N. 7, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 4; aM. Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 127.

4) Eine Zwangsvollstrckg. ist eine „drohende", wenn das in einer solchen liegende Übel als ein nahe bevorstehendes sich ankündigt (§ 48 N. 11a). So im wesentlichen die

---

*) § 287 ersetzt durch § 14 d. G. über den Markenschutz v. 30. Nov. 1874 (RGBl. S. 143); so die Bemerkung in der Bekanntmachung des Textes des StGB. auf Grund der StGN. Art. V; das. N. 1. Jetzt kommen aber die §§ 14 ff. d. G. zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441) in Betracht.

GM., insbs. hinsichtlich des Erfordernisses des **nahen Bevorstehens** Berlin 24. Okt. 72, 26. Okt. 75, St. 2 124, 5 150, während Berlin 9. Sept. 74 O. 15 551 eine „drohende" Zwangsvollstrckg. keineswegs mit einer „nahe bevorstehenden", gleichstellt, sondern auch eine in „ferner Aussicht stehende", wenigstens in bezug auf eine bereits geltend gemachte Forderung, für „drohend" erachtet. Wann eine Zwangsvollstrckg. als „drohende" in jenem S. anzusehen sei, ist nach den obwaltenden Umständen zu beurteilen; so die GM. Die von RG. I 15. Dez. 84 A. in Zivils. 1 257 vertretene Ansicht, daß sie **nach Beginn der Strafvollstreckung**, insbs. nach erfolgter Beschlagnahme und vollzogener Pfändung, eine „drohende" nicht mehr genannt werden könne, daß deshalb dann allein § 137 Platz greife (u. N. 18), ist nicht zutreffend, vielmehr „droht" sie dem Schuldner so lange, bis die Vollstreckung tatsächlich ihre Erledigung gefunden hat; die Vornahme von Maßregeln, die den eigentlichen Vollstreckungsakt nur vorbereiten, zeigt lediglich den hohen Grad der Drohung; so auch RG. II 10. Jan. 88, IV 14. Jan. 02, E. 17 42, 35 62 u. Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 209.

Nach den Umständen entscheidet sich **zunächst** das Vorliegen des Momentes des **nahen Bevorstehens**; RG. IV 4. Feb. 98 E. 31 22; mit Recht hat III 1. Mai 80 E. 2 145 den § 288 bei im übrigen vorliegenden Voraussetzungen auch auf eine während der den Erben nach PrALR. zustehenden Überlegungsfrist vorgenommene Hdlg. angewendet, obgleich die Zwangsvollstrckg. erst nach Ablauf der Frist zum Vollzug kommen konnte.

Im **weiteren** erachtet man durchgängig es **nicht** für erforderlich, daß bereits eine vollstreckbare Entscheidung vorliegen oder daß gar bereits die Zwangsvollstreckung beantragt sein müsse; so insbs. RG. I 6. Nov. 79 R. 1 37, II 16. Dez. 79, 25. Mai 80, 7. Jan. 87, E. 1 37, 2 67, 15 164. Entscheidend für die Frage ist vielmehr lediglich, ob aus den Umständen die Absicht des Gläubigers, bald eine Zwangsvollstrckg. herbeizuführen, hervorgeht, wobei die **rechtliche Möglichkeit** dazu selbstverständlich die Voraussetzung bildet; RG. III 4. Mai 81 R. 3 270, I 22. Dez. 86 E. 15 114, H. Meyer S. 596, Frank N. II 1, Rubo N. 3. Jene „rechtliche Möglichkeit" bedingt allerdings die **Existenz** eines Anspruchs, über dessen Vorliegen nach StPO. § 261 der Strafrichter zu entscheiden hat; so das zit. RG. E. 15 114 (das deshalb schon aus der vom Gläubiger zur Sicherung seiner durch Urteil eines Zivilgerichts noch nicht festgestellten Forderung erwirkten Arrestanlage das Drohen einer Zwangsvollstrckg. folgerte); daß **vor** Entstehung eines solchen eine Zwangsvollstrckg. bevorstehen könne, ist begrifflich ausgeschlossen; zit. RG. E. 31 22 (das namentl. wg. seiner eingehenden Zusammenstllg. zu vergleichen). Daß die Forderung bereits **fällig** sei, ist dagegen nicht notwendig; RG. II 4. Juli 93 E. 24 238 sowie in spezieller Anwendung auf den Anspruch des Fiskus bzw. des Privatklägers gegen den Verurteilten btr. Tragung der Kosten des Verfahrens, der nicht erst durch den Ausspruch des Urteils **begründet**, sd. nur **festgestellt** wird, so daß nur die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs durch die rechtskräftige Verurteilung bedingt ist: RG. II 4. Dez. 85, IV 17. Okt. 99, E. 13 138 (141), 32 298, III JS. 3. Jan. 88 EJS. 20 256 (260). Im übrigen erscheint jene rechtliche Möglichkeit durch die bloße „Möglichkeit von Einwendungen des Schuldners in der Exekutionsinstanz" nicht beseitigt, sondern nur durch ein erfolgreiches Gebrauchmachen von derselben; Berlin 21. Feb., 30. Apr. 79, O. 20 96, 232.

Zur Darlegung jener erforderlichen Absicht ist allerdings **in der Regel** notwendig, daß der Gläubiger durch schlüssige Hdlgen seine auf Geltendmachung der Forderung gegen den Schuldner gerichtete **Absicht zu erkennen gegeben** habe; RG. zitt. E. 2 67, 24 238, III 13. Feb. 90 E. 20 256. Als solche schlüssige Hdlg. ist, von besonderen Verhältnissen wiederum abgesehen, jeder **gerichtliche** Schritt zur Geltendmachung des Anspruchs anzusehen, also namentl. die Erhebung der Klage und deren Betreibung behufs Erzielung eines verurteilenden Erkenntnisses; da diese Hdlgen gegenüber dem säumigen Schuldner ohne hinzutretende Zwangsvollstrckg. erfolglos sein würden, so muß in Ermangelung entgegenstehender Umstände die letztere als eventuell in der Absicht des Gläubigers liegend angenommen werden; zit. RG. E. 2 67, Berlin 25. Nov. 74, 11. Dez. 78, St. 5 148, O. 19 576; dies erachtet jedoch für zu weit gehend Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 132.

Wenn aber RG. II 16. Dez. 79, 10. Jan. 88, R. 1 151, E. 17 42 und mit ihnen die meisten (vgl.: Berner S. 626, Geyer 2 68, Hälschner 2 426, Merkel HH. 3 835), beim Fehlen solcher Schritte auf seiten des Gläubigers das Vorliegen einer drohenden Zwangsvollstrckg. schlechthin verneinen, so haben sie nur jenen Regelfall im Auge; denn ein unbedingtes Erfordernis sind gerichtliche Schritte zur Beitreibung der Schuld nicht. So erkennen die zitt. RG. E. 2 67, 20 256, 24 238 sowie III 11. Jan. 83 R. 5 24 u. II 24. Juni 92 E. 23 177 an, daß „aus der besonderen Natur der konkreten Forderung oder aus sonstigen Umständen" Ausnahmen zu entnehmen sein können; ebenso Berlin 5. Juli 77, 19. Feb. 79, St. 7 345, O. 20 91, das mit Recht solche Ausnahmen, insbs. bei Wechselforderungen, feststellt und auf Grund der Natur des Wechsels schon bei seinem Verfall eine Zwangsvollstreckung für drohend ansieht; so auch v. Liszt S. 468.

5) Eine „drohende Zwangsvollstreckung" setzt notwendig eine Person oder juristische Persönlichkeit voraus, von der her sie droht; es ist dieses der „Gläubiger" i. S. des § 288 (s. u. N. 13, 18); RG. II 16. Dez. 79, 9. Nov. 83, E. 1 37, 9 164. Diese Bezeichnung ist somit ganz ähnlich wie in der ZPO. Buch VIII ohne Rücksicht auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis und die Natur des Anspruchs gebraucht; es ist deshalb unter „Gläubiger" jeder zu verstehen, der einen Anspruch auf Zwangsvollstrckg. in das Vermögen eines anderen hat, wenn auch dieser andere nicht obligatorisch verpflichtet ist; RG. zit. E. 9 164, II 4. Dez. 85, IV 4. Feb. 98, E. 13 138, 31 22. Der Titel des Gläubigerrechtes kann nicht bloß privat-, sondern auch staats- (finanz-)rechtlicher Natur sein (RG. II 7. Jan. 87 E. 15 164), auch ist ein ursprüngliches Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner nicht erforderlich; Reber Antragsdel. S. 393. Im Privatrecht begründet zwar ein anfechtbares Rechtsgeschäft ein Gläubigerverhältnis, nicht dagegen ein nichtiges, ohne daß es eines richterlichen Ausspruchs darüber bedarf (RG. III 25. Jan. 86 E. 13 292); denn Gläubiger ist nur ein materiell Berechtigter; RG. III 14. Mai 00 G. 47 297.

Wo noch kein „Gläubiger", kann demnach von Anwendung des § 288 keine Rede sein, so z. B. nicht bei einer bloß angedrohten, aber noch nicht festgesetzten Ordnungsstrafe; Berlin 1. Dez. 76 O. 17 791. Über den Zeitpunkt der Entstehung des Kostenerstattungsanspruchs in einer strafgerichtl. Untersuchungssache vgl. das N. 4_3 zit. RG. E. 13 138 (mit dem Zeitpunkt, in dem staatl. Organe zwecks Strafverfolgung in Tätigkeit traten, wenigstens btr. der nach dem GerichtskostenG. neben den baren Auslagen zu erhebenden Gebühr), was nach dem dort zit. RG. E. 32 298 btr. des privatklägerischen Kostenerstattungsanspruchs entsprechend gilt.

6) Die Zwangsvollstrckg. muß „ihm", dem Schuldner selbst, drohen, worunter, entsprechend dem Begriffe des „Gläubigers" (N. 5), jeder zu verstehen ist, der aus irgendeinem Rechtsgrunde eine Zwangsvollstreckung in Bestandteile seines Vermögens zu dulden hat; RG. IV 4. Feb. 98 E. 31 22. Wer nicht durch die Zwangsvollstrckg. als Schuldner bedroht ist, kann sonach nicht Täter sein, sondern höchstens Teilnehmer o. Begünstiger (N. 17); RG. II 4. Dez. 85 E. 13 138, namentl. aber III 26. Mai 87 E. 16 121, nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes sei es unstatthaft, letzterem den Fall zu unterstellen, wo der Täter nicht der Schuldner, sondern der Vertreter des Schuldners sei und über dessen Vermögensbestandteile verfüge (i. c. war eine Aktiengesellschaft Schuldnerin, der Verfügende der Vertreter derselben); aM. Binding Lb. 1 417.

7) „Bei" einer ihm drohenden Zwangsvollstrckg. handelt der Schuldner „angesichts einer solchen", d. h. wenn die Zwangsvollstreckg. zur Zeit der Vornahme der Hdlg. eine von seiten des Gläubigers drohende war; RG. II 16. Dez. 79 E. 1 37.

8) Als Objekt der Hdlg. des Täters werden „Bestandteile seines Vermögens" bezeichnet. Durch den Ausdruck „Vermögensbestandteile" gibt das Gesetz zunächst zu erkennen, daß es das gesamte Vermögen des Schuldners weder ausschließlich, noch als Regel ins Auge gefaßt habe; Berlin 20. Sept. 76 St. 6 359. Übrigens gehören dazu unbewegliche Sachen so gut wie bewegliche, dsgl. Forderungen; vgl. wg. letzterer RG. II 30. Nov. 83, 26. Juni 94, E. 9 231, 26 9.

Ob etwas ein Bestandteil „seines", d. h. des Schuldners, Vermögen sei, ist nach dem

maßgebenden Zivilr. zu beurteilen; so erachtete z. B. **RG.** III 1. Mai 80, IV 8. Juli 90, E. **2** 145, **21** 54 nach PrALR. die Erbschaftsmasse auch innerhalb der Überlegungsfrist als einen Bestandteil des Vermögens der berufenen Erben (ebenso nach BGB. § 1942), vgl. ferner III 4. März 01 G. **48** 129 btr. BGB. § 956.

Ausgeschlossen sind jedoch nach dem Zwecke der Gesetzesvorschrift solche Vermögensbestandteile, in die eine Zwangsvollstreckung, mag sie selbst formell nicht absolut ausgeschlossen sein, mit materiellrechtlicher Wirkung nicht erfolgen kann; **RG.** III 6. Juli 91 E. **22** 208, 16. Juni 92 G. **40** 163 (btr. Beiseiteschaffg. eines Sparkassenbuches beim bestehenden Nießbrauchsrecht des Vaters an der btr. Forderung).

9) Die Hdlg., die nicht schon in sich selbst den Charakter des Unerlaubten trägt, sd. erst durch ihre unter den objekt. u. subjekt. Merkmalen des § 288 erfolgende Vornahme strafbar wird (**RG.** IV 4. Feb. 98 E. **31** 22), besteht in dem „Veräußern oder Beiseiteschaffen" von Vermögensbestandteilen. Beide Ausdrücke bezeichnen Verfügungen, welche die wirksame Durchführung der Zwangsvollstrckg. in bezug auf den Vermögensbestandteil, den sie betreffen, auszuschließen geeignet sind; Hälschner 2 424, Merkel HH. 3 835. Die beiden Alternativen sind demnach gleichwertig und es handelt sich um bloße Modifikationen desselben Tatbestandes, weshalb eine alternative Feststellung zulässig ist (vgl. § 47 N. 29); **RG.** II 17. Feb. 82 E. **6** 100, Wertheimer Mischgesetze S. 61.

10) „Veräußerung" insbs. bezeichnet in dem hier, aus dem Zwecke der Strafbestimmung sich ergebenden, w. S. (über den engeren Begriff des BGB. vgl. Planck BGB. Buch I Abschn. 3 N. IX 4) jeden in der Absicht des Schuldners liegenden Vermögensverlust, jede bewußte Aufgabe eines Vermögensbestandteils, mag diese schenkungsweise o. unter lästigem Titel erfolgen; **RG.** II 17. Feb., I 18. Nov. 82, III 11. Jan. 83, E. **6** 100, **7** 237, **8** 1.

Wie dieser Vermögensverlust ins Werk gesetzt wird, ist gleichgültig; namentl. gehört auch Vernichtung, Zerstörung, Preisgebung, sowie Entäußerung unter Bestimmung seitens des Gesetzes, auf wen die aufgegebenen Berechtigungen übergehen (wie z. B. bei Entschlagg. eines Nießbrauchs — vgl. BGB. §§ 1062 ff. — die Nutzungsrechte auf den Eigentümer; **RG.** II 10. Mai 92 G. **40** 145) hierher. Praktisch am wichtigsten ist die Veräußerung durch Übertragung von Vermögensbestandteilen auf andere; diesen Fall heben auch die zitt. **RG.** E. **6** 100, **7** 237 ausdrücklich hervor; hierher gehören vor allem der Verkauf mit nachfolgender Übergabe (BGB. § 929), nicht schon der bloße Verkaufsabschluß (**RG.** II 3. Feb. 99 E. **32** 20), ferner Auflassung, Abtretung von Rechten, namentl. aber auch nach der Praxis des **RG.**:

a. Pfandrechtsbestellungen, insbs. auch hypothekarische Belastung von Grundstücken; so: die zitt. E. **7** 237, **8** 1; selbst schon die Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch, weil sie unter der Voraussetzung der Klarstellung des vorgemerkten Rechts dingliche Wirkung hat (BGB. § 883 i. V. mit ZwVG. §§ 9, 48); IV 13. Nov. 00 E. **34** 3;

b. Verpachtungen, insofern als das Recht auf den Fruchtbezug vom Verpächter auf den Pächter übertragen wird; zit. E. **6** 100 (wegen des Dolus s. u. N. 14 II);

c. Befriedigung eines anderen Gläubigers, sei es durch Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt, sei es durch vertragsmäßige Lieferung ꝛc.; I 6. Nov. 79 R. **1** 37. Selbst die Befriedigung eines bevorzugten Gläubigers, z. B. des Vermieters, durch Hingabe von Objekten, an denen diesem ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zustand, ist objektiv eine „Veräußerung" i. S. des § 288, da jene Objekte der Zwangsvollstrckg. zugunsten anderer Gläubiger nicht ohne weiteres entzogen sind; III 5. Nov. 79, II 3. Okt. 82, E. **1** 96, **7** 61.

Wie übrigens die ernstlich gemeinte Veräußerung den Tatbestand zu erfüllen geeignet ist (zit. E. **7** 61), so auch ein bloßer Scheinverkauf, insofern er ein Beiseiteschaffen (N. 11) darstellt.

11) „Beiseiteschaffen" bezeichnet i S. dieser Gesetzesbestimmung jede Behandlung von Vermögensbestandteilen, die diese dem Zugriffe im Zwangsvollstreckungsverfahren entzieht; was dabei aus den Vermögensobjekten wird, ist gleichgültig; **RG.** II 26. Feb. 89 E. **19** 25. So kann auch in dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages seitens eines Einzelkaufmanns eine Beiseiteschaffung gefunden werden, weil dadurch die Spezialexekution in

die Warenvorräte ꝛe. auf Grund eines gegen den Einzelkaufmann ergangenen Urteils unmöglich gemacht wird. Bei körperlichen Gegenständen genügt es, wenn sie auch nur der äußeren Erscheinung nach aus dem Besitz o. Gewahrsam ausgeschieden werden, bei Rechten, wenn durch die Hdlg. eine Verdunkelung der Rechtslage erzielt ist, kraft welcher der Gläubiger das Forderungsr. seines Schuldners nicht erkennt o. zu der ihm obliegenden Beweisführung nicht o. nur unter erheblichen Schwierigkeiten imstande ist (RG. IV 14. Jan. 02 E. 35 62). Über einen eigentümlichen Fall der Beiseiteschaffung seitens einer Ehefrau durch Abholung der zu ihrem Eingebrachten gehörigen Sparkasseneinlage u. Übergabe des Geldes an ihren Ehemann vgl. RG. II 4. Feb. 02 G. 49 127.

Auch eine Scheinveräußerung kann ein solches Beiseiteschaffen darstellen; RG. II 14. Apr., 4. Dez. 85, E. 12 129, 13 138, Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 7. Es wird dabei von den Umständen abhängen, welche Maßnahmen zu dem bloßen Abschlusse des Scheinvertrages noch hinzutreten müssen, um den Begriff des Beiseiteschaffens zu erfüllen; vgl. RG. II 10. Mai, 24. Sept. 95, E. 27 213, G. 43 380, das in dem Abschlusse eines Scheinverkaufs in Verbindung mit der nachfolgenden Ableistung eines Offenbarungseides seitens des Verkäufers, bzw. mit der Belassung der verkauften Sachen in der Wohnung des angeblichen Käufers ein Beiseiteschaffen fand.

Soweit bewegliche körperliche Sachen das Objekt der Hdlg. bilden, kann ein Beiseiteschaffen auch in deren Zerstörung gefunden werden, da kein Grund ersichtlich, weshalb diese wirksamste Form der Entziehung straflos sein sollte, während allerdings eine bloße Wertsverminderung den Begriff nicht zu erfüllen vermag; RG. zit. E. 19 25, III 25. März 95 E. 27 122; letzteres erachtet mit Recht auch die Beiseiteschaffung unbeweglicher Sachen durch gänzliche Vernichtung für möglich, dagegen nicht durch bloße Beschädigung, wie z. B. Entfernung einzelner Balken aus einem Hause. Es bedarf deshalb die gelegentliche Ausführung von RG. II 22. Juni 80 E. 2 118, daß die Alternative des „Beiseiteschaffens“ auf Grundstücke als solche nicht zu beziehen sei, weil ein „Grundstück als Ganzes“ nur durch „Veräußerung“ beiseite geschafft werden könne (also somit die erstere Alternative Platz greife; N. 9) insofern der Berichtigung, ganz abgesehen davon, daß nach dem eben Bemerkten eine Scheinveräußerung rechtlich gleichfalls ein Beiseiteschaffen darstellen kann. Außer dem Falle der Zerstörung wird bei beweglichen Gegenständen, wenn auch nicht notwendig eine Entfernung aus der Wohnung ꝛc., aber doch jedenfalls die Vornahme irgendeiner Veranstaltung gefordert werden müssen, durch welche die Auffindung der zu pfändenden Gegenstände unmöglich gemacht o. doch wesentlich erschwert wird; so RG. IV 15. Jan. 86 R. 8 60, während Berlin 24. Jan. 73 St. 2 241 mit Recht eine unrichtige Angabe über den Verbleib der Sachen nicht für genügend erachtet hat; ebensowenig reichen ein Ableugnen des Besitzes o. gar die bloße Nichtangabe aus; v. Schwarze N. 9.

Was insbs. die Beiseiteschaffung von Forderungen betrifft, so erscheint die Annahme einer solchen durch das N. 8_1 zit. RG. E. 9 231 trotz des Rechtes des Gläubigers auf nochmalige Zahlung des vorauserhobenen Mietzinses seitens des Mieters gerechtfertigt, da die Mietforderung des Schuldners (Vermieters) getilgt u. dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Rechte durch die Vorauserhebung seines Mietzinses erschwert o. unmöglich gemacht sein kann, während andererseits das das. zit. RG. E. 26 9 die Beiseiteschaffung hinsichtlich eines von einer Zwangsvollstreckung bedrohten Schuldners, der während der bei ihm vollzogenen Pfändung Beweisurkunden über ihm zustehende Forderungen vor dem Gerichtsvollzieher verborgen gehalten hatte, zutreffend verneinte.

12) Kein Erfordernis bildet es, daß der Gläubiger gerade das vom Schuldner veräußerte oder beseitigte Vermögensstück als Exekutionsobjekt schon bezeichnet hatte, oder auch nur, daß er gerade dieses anzugreifen beabsichtigte; RG. III 8. Okt. 81 R. 3 612, II 17. Feb. 82 E. 6 100.

Subjektiver Tatbestand. N. 13—15.

13) Subjektiv wird zunächst ausdrücklich auf seiten des Täters „die Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln,“ erfordert (über das Verhältnis dieser Absicht zu der durch KO. § 241 erforderten vgl. RG. IV 8. März 92 G. 40 35); sie ist nicht

grundsätzlich unvereinbar mit der Veräußerung der gesamten Habe in der Absicht, dadurch alle Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen und so die Kosten des Konkursverfahrens zu ersparen; RG. III 20. Okt. 04 G. 52 83.

Mit der „Befriedigung" des Gläubigers (N. 5) ist lediglich diejenige aus der bevorstehenden Zwangsvollstrckg. gemeint; es handelt sich keineswegs um die Absicht, die Befriedigung gänzlich und für immer auszuschließen; so die GM., insbs. RG. II 9. Dez. 81, III 11. Jan. 83, E. 5 206, 8 1, I 8. Apr. 80, III 18. Mai 85, IV 15. Jan. 86, R. 1 560, 7 304, 8 60; vgl. jedoch Berlin 25. Nov. 74 St. 5 148, das — ebenso wie Binding Lb. I 419 u. Lenz Strafr. Pfandrechtsschutz S. 137 ff. — gegen eine Gleichstellung der bloßen „Vollstreckungsvereitelung" mit der „Befriedigungsvereitelung" sich ausspricht. Deshalb ist auch nicht Voraussetzung, daß der Schuldner durch die Veräußerung rc. ganz mittellos geworden sei; RG. I 6. Nov. 79 R. 1 37.

Der Gläubiger hat übrigens, von besonderen Fällen abgesehen, nicht das Recht auf Befriedigung aus einem bestimmten Vermögensstücke; deshalb kann die erforderliche Absicht nicht schon darin gefunden werden, daß der Schuldner bestrebt gewesen, gerade den vom Gläubiger als Befriedigungsmittel ins Auge gefaßten Vermögensgegenstand seinem Zugriffe zu entziehen; RG. III 4. Jan. 83 E. 8 50.

14) Ausdrücklich wird die „Absicht", die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, erfordert. Demnach genügt die Vorsätzlichkeit der Hdlg. verbunden mit dem Bewußtsein, es könne dadurch die Befriedigung des Gläubigers unmöglich gemacht o. beeinträchtigt werden, nicht; so die GM., insbs. RG. IV 19. Feb. 86, 17. Mai 95, R. 8 126, E. 27 241. Weiter aber ist der Begriff „Absicht" genau so aufzufassen, wie im § 263; vgl. deshalb das. N. 49; so im Anschluß an sein KO. § 241 btr. U. v. 22. Sept. 93 E. 24 255, unter Aufgabe seiner früher abweichenden Ansicht (vgl. zit. R. 8 116 u. gelegentl. E. 21 312), das zit. RG. E. 27 241, das namentl. eine „Absicht" i. S. des § 288 bei dem Bewußtsein, die Beeinträchtigung des Gläubigers sei eine notwendige Folge des Handelns, für vorliegend, dagegen Eventualdolus (§ 59 N. 6) für ausgeschlossen erachtet, andererseits aber „Absicht" nicht mit Motiv gleichstellt, folgeweise auch die Vereitelung der Befriedgg. des Gläubigers nicht als Endzweck des Handelns erfordert; auch Binding Lb. I 420 N. 1 (der über den Vollzugsakt des Verg. hinausreichende Vorsatz werde als Absicht bezeichnet). Weiter gehen v. Liszt S. 469, Oppenh.-D. N. 8 u. Rüd.-St. N. 8, die Absicht gleich Beweggrund setzen und die Vereitelung der Zwangsvollstreckung als den Zweck (das Ziel) des Handelns ansehen. Als tatsächliche Momente für die Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen der erforderlichen Absicht kommen namentl. die Unentgeltlichkeit der vorgenommenen Veräußerung in Betracht sowie der Besitz von anderweitem, zur Befriedigung ausreichendem Vermögen (trotzdem die Absicht endgültiger Vereitelung nicht vorzuliegen braucht; N. 13); RG. III 4. Jan. 83, 18. Mai 85, E. 8 50, R. 7 304.

Dadurch, daß der Schuldner die Forderung eines Gläubigers tilgen will, wird, selbst wenn es um eine bevorzugte o. durch Pfand- bzw. Zurückbehaltungsr. geschützte Forderung sich handelt, nicht ausgeschlossen, daß er zugleich die Absicht hatte, die Befriedigung eines anderen Gläubigers durch die Veräußerung zu vereiteln; beides kann miteinander zusammentreffen; so: RG. III 5. Nov. 79, II 3. Okt. 82, E. 1 96, 7 61, Binding Lb. I 420, H. Meyer S. 596, Lenz Strafr. Pfandrechtsschutz S. 135; aM.: Geyer 2 68, Hälschner 2 425, v. Liszt S. 468, Frank N. IV. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner einen anderen Gläubiger sicherstellen will; Berlin 7. Dez. 78 O. 19 573. Wer aber lediglich handelt, um einen Gläubiger zu befriedigen, ist aus § 288 nicht strafbar. Durch die Absicht, die Befriedigung eines Gläubigers zu vereiteln, wird auch nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner zugleich darauf ausgegangen sei, andere Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, weshalb Idealkonk. mit KO. § 241 stattfinden kann. Daß die Absicht des Täters ausschließlich auf die Vereitelung gerichtet sei, erheischt § 288 nicht. In der Praxis des RG. wurde die erforderliche Absicht

I. angenommen: bei Veräußerung eines Vermögensobjektes, das zur Befriedigung gerichtlich bereits ausgewählt oder durch das Gesetz bestimmt ist, wie z. B. eines Grundstücks

nach erwirkter Verurteilung zur Zahlung rückständiger Hypothekenzinsen; II 9. Dez. 81 E. 5 206; bei Bestellung einer Hypothek für eine teilweise fingierte Schuld angesichts der beinahe völligen Erfolglosigkeit der gegen den Grundstückseigentümer durchgeführten Mobiliarexekution einerseits und der Höhe des Ankaufspreises des Grundstückes und seiner hypothekarischen Belastung andererseits; III 11. Jan. 83 E. 8 1;

II. nicht für ausgeschlossen erachtet bei Verpachtung einer Wirtschaft, während das Pachtgeld ein genügendes Entgelt für das aufgegebene Nutzungsrecht nicht war; II 17. Feb. 82 E. 6 100;

III. für ausgeschlossen erachtet bei der Übergabe der Sache an einen Dritten als Pfand, um ein bereits früher gegebenes Versprechen zu erfüllen; das Abs. 1 zit. R. 8 126.

15) Abgesehen von dem generellen Dolusmerkmal der rechtswidrigen Absicht (vgl. Berlin 30. Apr. 79 O. 20 232 btr. den Ausschluß des subjektiven Deliktstatbestandes durch den Glauben des die Veräußerung Vornehmenden an seine Berechtigung dazu, weil ihm gegen die drohende Zwangsvollstrckg. Rechtsbehelfe zuständen) und abgesehen von der im Gesetze ausdrücklich geforderten besonderen Absicht, liegt der nötige Dolus vor bei dem Bewußtsein des Schuldners, daß der Gläubiger die Herbeiführung einer — nahen — Zwangsvollstrckg. beabsichtige; RG. III 4. Mai 81 R. 3 270. Gleichgültig ist, ob jenes Bewußtsein durch Hdlgen des Gläubigers, die es notwendig erzeugen mußten, oder ob es durch minder zwingende Gründe hervorgerufen war; Berlin 30. Nov. 77 St. 8 270.

Dagegen ist es kein Erfordernis des Dolus, daß die Hdlg. auf Erlangung eines eigenen Vorteils, noch auch, daß sie auf Benachteiligung des Gläubigers gerichtet sei; RG. II 3. Okt. 82 E. 7 61.

Vollendung; Teilnahme; Konkurrenz; Strafantrag; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 16—20.

16) Zur Vollendung des Deliktes gehört der Eintritt eines Erfolges nicht; RG. III 8. Okt. 81 R. 3 612, Binding Lb. 1 420, Geyer 2 426, Hälschner 2 426, Rüd.-St. N. 11. Wg. Abgrenzung der „Vollendung" gegenüber einem straflosen (§ 43_2) Versuch vgl. das N. 11 zit. E. 35 62.

17) Btr. der Teilnahme gelten die allg. Grundsätze des T. I Abschn. 3, jedoch ist zu beachten, daß § 288 insofern ein delictum proprium behandelt, als „Täter" nur der bedrohte Schuldner selbst sein kann (N. 6).

Mit Recht hat übrigens RG. I 15. Jan. 80 E. 1 145 Mittäterschaft (§ 47) in einem Falle verneint, wo nur festgestellt war, daß die Veräußerung seitens der Ehefrau „im Einverständnisse und mit Zustimmung des Ehemannes und in der gemeinschaftlichen Absicht geschehen, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln", folglich eine gemeinschaftliche Ausführung seitens beider Ehegatten nicht vorlag; ähnlich IV 5. Dez. 05 E. 38 .

Andererseits ist die Möglichkeit einer Beihilfe (§ 49; vgl. insbs. das das. N. 14 zit. RG. R. 1 37 [auch E. 1 96] sowie II 8. Apr. 92 G. 40 36) mit Recht bezüglich des mitwissenden Gläubigers bejaht, der die Gegenstände, die der von einem anderen Gläubiger drohenden Zwangsvollstrckg. behufs Vereitelung seiner Befriedigung entzogen werden sollten, behufs eigener Befriedigung annahm; denn das Gesetz hat eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über Beih. zugunsten der Gläubiger nicht aufgestellt; so: RG. IV 31. Jan. 90 E. 20 214, v. Liszt S. 468, Oppenh.-D. N. 10; aM. H. Meyer S. 596; eine Mittelmeinung vertritt Frank N. V.

18) Idealkonk. (§ 73) ist denkbar mit dem Verg. aus § 137, da eine Zwangsvollstrckg. auch dann noch eine drohende sein kann, wenn ein Zwangsvollstreckungsverfahren mit Pfändg. bereits begonnen hat; so: das N. 4_1 zit. RG. E. 17 42, Binding Lb. 1 420, 2 623.

Wg. Idealkonk. mit KO. § 241 vgl. N. 14_2.

19) Ein Strafantrag (§§ 61 ff.) ist nach Abs. 2 Bedingung der Strafverfolgung. Antragsberechtigter ist nicht etwa jeder Gläubiger; RG. II 10. Jan. 88 E. 17 42. Vielmehr wird ausdrücklich der „Gläubiger" in dem N. 5 erläuterten S. als antragsberechtigt bezeichnet. Deshalb kann auch eine Firma als solche antragsberechtigt sein; RG. III 8. Okt. 81 R. 3 612; dsgl. der Fiskus; RG. II 7. Jan. 87 E. 15 164 (mit der Aus-

führung, daß dafür, welche Behörde den Antrag zu stellen habe, die landesgesetzl. Vorschriften über die Zuständigkeit der Behörden maßgebend seien), IV 18. Juni 88 R. **10** 412 (in Pr. sei bei Zwangsvollstreckungen wg. Gerichtskostenschulden der Kassenkurator, nicht der Rendant, antragsberechtigt); daß jedenfalls der Kassenkurator auch auf Grund der neueren PrKassenO. v. 31. März 00 (JMBl. 103) § 6 antragsberechtigt sei, erkennt **RG**. IV 25. Jan. 01 E. **34** 111 an, während es unentschieden läßt, ob auch der Rendant Antragsbefugnis habe. Ergibt sich, daß seitens des antragstellenden Gläubigers eine Zwangsvollstrckg. nicht drohte, so liegt das zur Anklage gestellte Delikt, das eben eine Beziehung zu einem bestimmten Gläubiger fordert, nicht vor und muß deshalb auf Freisprechung, nicht auf Einstellung erkannt werden, obschon noch andere Gläubiger vorhanden sind; **RG**. II 16. Dez. 79 E. **1** 37. Übrigens ist der „Gläubiger", von dem her die Zwangsvollstrckg. droht, zugleich der Verletzte, der nach allg. Grundsätzen der Antragsberechtigte ist, wenn auch die Vollendung des Deliktes den Eintritt einer materiellen Verletzung nicht erfordert; § 61 N. 12b. Derjenige Gläubiger, der es z. Z. der Tat war und durch diese verletzt wurde, ist antragsberechtigt; er verliert das Antragsrecht durch eine spätere Abtretung nicht, sowenig wie eine Übertragung auf den Zessionar stattfindet (§ 61 N. 11); Reber Antragsdel. S. 393. Das Antragsr. des Gläubigers erleidet auch durch die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen keine Beeinträchtigung; **RG**. FS. 11. Aug. 92 E. **23** 221. Andererseits erscheint der Konkursverwalter, unabhängig von dem Willen des verletzten Gläubigers (N. 5), berechtigt, wg. einer die Konkursmasse verkürzenden Straftat den Strafantrag zu stellen, was nicht nur dann zutrifft, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners Vermögensstücke während der Konkursverwaltung veräußert, sd. auch falls dies schon vor der Konkurseröffnung geschah; vgl. die § 61 N. 17_2 zitt. **RG**. E. **33** 433, **35** 149.

Die Antragsfrist beginnt mit der Kenntnis des Gläubigers davon, daß der Schuldner mit der von ihm vorgenommenen Veräußerung rc. die Vereitelung der Befriedigung beabsichtigt habe; so das § 61 N. 33_2 zit. **RG**. R. **3** 270; dagegen in mißverständlicher Auffassung Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 179.

20) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **StrafK.** bzw. **SchöffenG.**; **GVG.** §§ 73^1, 75^{11}.

§. 289.

Wer seine eigene bewegliche Sache, oder eine fremde bewegliche Sache zu Gunsten des Eigenthümers derselben, dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Die Bestimmungen des § 247 Absatz 2 und 3 finden auch hier Anwendung.

PrStGB. § 271. Entw. I § 271, II § 285. Aktenst. Nr. 92, 182 42. StB. S. 1174.

1) § 289 behandelt zunächst einen Fall des furtum possessionis. Sein Inhalt geht aber weiter; denn man hat dem Falle, wo der Eigentümer das an seiner Sache bestehende Besitzrecht eines Dritten durch Wegnahme in rechtswidriger Absicht verletzt, den Fall gleichgestellt, wo jemand die im Besitze des Nutznießers rc. befindliche Sache nicht in seinem eigenen, sondern im Interesse des Eigentümers wegnimmt und zwar, nach den Motiven, deshalb, weil es „rücksichtlich des durch eine solche Handlung in seinem Rechte verletzten

Inhabers der Sache keinen Unterschied mache, ob die Verletzung vom Eigentümer selbst oder einem Dritten ausgegangen sei".

Der Gegensatz zwischen dem furtum ipsius rei aus § 242 (vgl. insbs. N. 28) und dem Delikte aus § 289 bestimmt sich dahin, daß jenes seine Richtung gegen den Eigentümer nimmt, dieses aber die konträre Richtung voraussetzt; Binding Normen 1 213, Merkel HH. 3 836. Als gemeinsames Moment ist dagegen hervorzuheben, daß, wie beim Diebst. die Besitzentwendung das Mittel der beabsichtigten rechtswidrigen Zueignung bildet (§ 242 N. 26), so auch das Verg. aus § 289 kein „einfacher Fall der Besitzentwendung" ist, vielmehr diese hier „als Mittel dienen soll zur Beeinträchtigung der rechtlichen Lage des besitzenden Nutznießers 2c. durch Beseitigung der faktischen Voraussetzung für die volle Ausübung seines Rechtes"; Binding Normen 2 548.

Objektiver Tatbestand. N. 2—9.

2) Objekt der äußeren Hdlg. ist eine „bewegliche Sache" (§ 242 N. 3, 4), u. zwar:

a. entweder eine „eigene" des Täters oder eine „fremde" (§ 242 N. 5—11); je nachdem das eine o. andere der Fall, gestaltet der subjektive Tatbestand (N. 10) sich verschieden; die Zulässigkeit einer alternativen Feststllg. (§ 47 N. 29) wird hiernach zu verneinen sein; aM. Wertheimer Mischgesetze S. 61, trotz Bedenken;

b. ferner eine solche, an der einem Dritten ein Nutznießungs- (Nießbrauchs-) o. ein Pfand- oder ein Gebrauchs- oder ein Zurückbehaltungsrecht zusteht; ob dieses der Fall sei, ist lediglich nach dem zur Zeit und am Orte der Tat geltenden bürgerlichen Rechte zu beurteilen; über die wichtige Streitfrage, ob unter der Herrschaft des BGB. der Mieter dem Vermieter wg. Forderungen aus dem Mietverhältnisse durch Vertrag rechtswirksam ein Zurückbehaltungsr. an den von ihm eingebrachten Sachen einräumen könne, bzw. ob im Falle einer solchen Einräumung das Zurückbehaltungsr. auch auf die nach ZPO. unpfändbaren bewegl. Sachen sich erstrecke, vgl. RG. III 20. Feb. 02, 14. Apr. 04, E. 35 150, 37 118, das die Fragen bejaht; dagegen aber OLG. E. 37 130, sowie: Oertmann DJZ. 8 136, Hellwig, v. Blume, Recht 7 169, 9 43; vgl. auch Altvater u. Mittelstein DJZ. 7 314, 386, 8 171. Hiernach schützt § 289 nicht „den Besitz, als solchen, sondern — und auch dies nur in den bezeichneten Fällen — den Besitz, der auf einem Recht zum Besitz beruht"; RG. II 18. Jan. 81 E. 3 277, IV 16. Dez. 87 R. 9 730. Freilich braucht dieses Recht kein dingliches zu sein; RG. II 8. Mai 88, III 19. Dez. 98, E. 17 358, 32 12 (btr. Miet- u. Altenteilsrechte — EGBGB. Art. 96 — bzw. Zurückbehaltungsr. auf Grund der Brem. FPO. — EGBGB. Art. 89), Merkel HH. 3 837, Frank N. 11, Oppenh.-D. N. 6. Dient das Recht, wie ein Pfand- o. Zurückbehaltungsrecht, nur zur Sicherung anderer Rechte, so bildet das Bestehen eines zu schützenden Anspruches die notwendige Voraussetzung für jenes; ohne einen solchen Anspruch kann das akzessorische Recht nicht bestehen; zit. RG. E. 3 277. Demnach fehlt es an einem Rechte, zu dessen Schutze § 289 bestimmt ist, wenn das Rechtsgeschäft, aus dem der zu schützende Anspruch erwachsen soll, nichtig ist oder wenn wenigstens der Gegenkontrahent einseitig und ohne Anrufung des Gerichts davon zurücktreten kann; RG. II 2. März 94 E. 25 154. Anders dagegen, wenn das Rechtsgeschäft, zu dessen Sicherung die Besitzeinräumung geschah o. die Zurückbehaltung erfolgte, nur anfechtbar ist; Berlin 22. Sept. 76 O. 17 593. Eine Forderung, die geschützt werden könnte, liegt nicht mehr vor, wenn sie gemäß BGB. § 389 zufolge Aufrechnung als erloschen zu gelten hat.

3) Ein Nutznießungs- o. Nießbrauchsrecht kann begründet sein durch Vertrag oder Ersitzung (BGB. §§ 1030, 1033) oder kraft Gesetzes, so für den Ehemann hinsichtlich des eingebrachten Gutes der Frau (das. § 1383), desgl. für den Vater bzw. die Mutter kraft der elterlichen Gewalt an dem Vermögen der Kinder (das. §§ 1649, 1652, bzw. 1685_2, 1686).

4 a) Für das Pfandrecht an beweglichen Sachen kommen an reichsrechtlichen Bestimmungen in Betracht:

α. die des BGB., und zwar über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht §§ 1204 ff., §§ 1292 f. (speziell an Order- und an Inhaberpapieren), ferner über die — jenem nach

§ 1257 gleichgestellten — kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechte, insbs. des Vermieters (§ 559), des Verpächters (§§ 581$_2$, 585), des Pächters (§ 590), und zwar durchweg eines Grundstücks, des Unternehmers eines Werkes (§ 647), des Gastwirtes (§ 704);

β. die gesetzlichen Pfandrechte des HGB., und zwar insbs. des Kommissionärs (§ 397), des Spediteurs (§ 410), des Lagerhalters (§ 421), des Frachtführers (§ 440);

γ. das fiskalische Pfandrecht an den unverzollten, in einer öffentlichen Niederlage unter zollamtlicher Aufsicht befindlichen Waren zur Sicherung des Zolles gemäß VZG. § 100 (Berlin 2. Juli 75 O. **16** 511);

während das Pfandr. des eingetragenen Hypothekengläubigers und die nach der ZPO. §§ 803 f. und § 930 durch Pfändung bzw. Vollziehung eines Arrestes begründeten Pfandrechte für den Tatbestand des § 289 (N. 7) ausscheiden.

b) Im einzelnen ist bezüglich des Reichsrechtes hervorzuheben:

α) Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters eines Grundstücks (BGB. § 559) schützt nur dessen „Forderungen aus dem Mietverhältnis"; darüber, in welchem Umfange dies der Fall bei einem seitens des Vermieters mit einer Ehefrau ohne Zustimmung des Ehemanns abgeschlossenen Mietvertrage vgl. **RG.** IV 25. Apr. 02 E. **35** 201 (btr. BGB. §§ 1395 f., 1399). Dagegen besteht es laut ausdrücklicher Vorschrift (Satz 2) nicht „für künftige Entschädigungsforderungen" (**RG.** IV 21. Apr. 03 G. **50** 279) und „für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr", so daß das Pfandrecht nur besteht wegen des rückständigen Mietzinses, sowie wegen desjenigen für das z. Z. der Geltendmachung des Pfandrechts laufende und das folgende Mietjahr, sowie wegen fälliger Entschädigungsforderungen. Der „Mietzins" kann nicht nur in Geld, sondern in Gegenleistungen jeder Art, z. B. in Diensten, bestehen (BGB. § 535); ist das der Fall, so erstreckt das Pfandrecht sich auch auf die Entschädigungsforderung wg. unterlassener Leistung der Dienste; so fürs PrALR. **RG.** II 27. Apr. 94 E. **25** 343. Btr. der Frage wegen des Einflusses auf das Pfandr., wenn im Mietvertrage seitens des Vermieters noch Leistungen anderer Art übernommen sind, vgl. das für das GR. ergangene **RG.** III 28. Apr. 90 E. **20** 417. Über den Einfluß der dem Mieter wegen Mängel des vermieteten Grundstücks nach BGB. §§ 537 f. eingeräumten Rechte auf die Forderung des Mietzinses und folgeweise auf den Umfang des Pfandrechts vgl. **RG** IV 11. Jan. 01 E. **34** 88 (die Befreiung von Entrichtung des Mietzinses bzw. die Herabsetzung der Verpflichtungen trete kraft Gesetzes von selbst ein). Gegenstand des Pfandrechts sind nur die „eingebrachten Sachen des Mieters", also nicht auch die Dritter, insbs. Familienangehöriger, es sei denn, daß die Ehegatten in allgem. GG., Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft leben, in welchem Falle das Pfandr. auch auf die zum Gesamtgut gehörenden, im Eigentum der Ehefrau befindlichen Sachen sich erstreckt; im übrigen kann die gesetzl. Vermutung des BGB. § 1362 als solche im Strafverfahren keine Anwendung finden; so **RG.** II 3. Juli 03 E. **36** 332 für Abs. 1 des § 1362, nebenbei aber auch für Abs. 2. Der Hauptvermieter hat auch kein Pfandr. an den Sachen des Untermieters, wohl aber der Untervermieter. Aber auch bei den Sachen des Mieters erstreckt sich nach ausdrücklicher Vorschrift des BGB. § 559 S. 3 das Pfandr. nicht „auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen", d. h. nicht auf die in ZPO. § 811 aufgeführten Sachen (vgl. btr.: Nr. 4 das. **RG.** III 28. Feb. 01 G. **48** 127, Nr. 5 II 6. Okt. 05 E. **38** 172, sowie btr. der Nr. 4 u. 7, die auf Grund des PrG. v. 12. Juni 1894 ergangenen: IV 15. Okt. 97 G. **45** 437, II 1. Mai 96 E. **28** 348; s. übrigens u. β sowie o. N. 2b). Wohl aber auf solche Sachen, deren Pfändung nach ZPO. § 803$_2$ zu „unterbleiben" hat (**RG.** II 8. Nov. 98 E **31** 316 auf Grund desselben G.), dsgl. auf die, welche nach § 812 aus ähnlichem Grunde „nicht gepfändet werden sollen"; **RG.** IV 30. Mai 05 G. 52 . Ob und inwieweit Gegenstände i. S. des zit. § 811 für den Schuldner o., was für Nr. 1 dem gleichsteht, für eine in seinem Hause lebende Person, deren Unterhaltung ihm obliegt (**RG.** IV 22. Okt. 01 G. **48** 437), „unentbehrlich" sind, unterliegt wesentlich tatsächlicher Beurteilung; übrigens bedarf es zur Anwendung des § 289 der ausdrücklichen Feststllg., daß die eingebrachten Sachen des Mieters, die er fortgeschafft hat, nicht zu den

der Pfändung nicht unterworfenen gehören; RG. I 9. Mai 04 G. 51 355. Das gesetzl. Pfandr. des Vermieters ergreift auch dies. Sachen des Mieters, die jenem neben u. aus Anlaß der Ausübung seines gesetzl. Pfandrechts vertragsmäßig zum (Faust-) Pfande bestellt worden waren, dann aber aus dem Pfandbesitz des Vermieters rechtswidrig entfernt und schließlich in die Mieträume zurückgelangt waren; RG. II. 26. Apr. 98 E. 31 131 (btr. PrALR.). „Die eingebrachten Sachen" des Mieters unterliegen dem Pfandr., also — abgesehen von der oben hervorgehobenen, im S. 3 des § 559 selbst bezeichneten Ausnahme — alle ohne Einschränkung, deshalb an sich auch bares Geld und Kapitalvermögen (s. jedoch u.), u. insbs. ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Sicherung des Mieters erforderlich sind o. nicht (BGB. § 560); so btr. des PrALR. RG. II 9. Apr. 86 R. 8 272, IV 10. Juli 88 E. 18 80.

Das Pfandr. entsteht in dem Zeitpunkte der Einbringung von Sachen des Mieters (RG. II 23. Nov. 80, 18. Jan., 1. Apr. 81, E. 3 57, 277, 4 43, btr. PrALR.), bzw. in dem Zeitpunkte, wenn eingebrachte fremde Sachen Eigentum des Mieters werden, wofür namentl. S. 2 des § 929 BGB. bedeutsam ist. Über eine an § 950 das. sich anknüpfende Frage nach dem Eigentumserwerb desj., der auf Grund Werkvertrags für einen anderen aus dem von diesem dazu hergegebenen Stoffe eine neue Sache herstellt, vgl. RG. IV 15. Nov. 04 E. 37 329.

Das einmal entstandene Pfandr. erlischt, abgesehen von den allg. Gründen, aus denen ein gesetzl. Pfandr. erlischt (BGB. § 1257 i. V. mit §§ 1250_2, 1252, 1255 f.), gemäß BGB. § 560 „mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück", also, wenn die Mieträume nur einen Teil des Grundstücks umfaßten, nicht schon mit der Entfernung aus diesem (so btr. PrALR.: RG. II 22. Apr. 84 E. 10 321, 9. Apr. 86 R. 8 272, IV 28. Apr. 93 G. 41 56). Die Entfernung hat jedoch — abgesehen von dem Falle der von einem Gerichtsvollzieher für einen Dritten vorgenommenen Pfändung u. Wegschaffung der Sachen in die Pfandkammer (RG. IV 10. Okt. 05 E. 38 174) — diese Wirkung nicht, wenn sie „ohne Wissen, oder unter Widerspruch des Vermieters" erfolgte, was im Anschluß an S. 2 des § 560 sinngemäß dahin auszulegen ist, daß ein Nichtwissen des Mieters von der Entfernung o. sein Widerspruch gegen diese bezüglich des Erlöschens des Pfandrechts ohne rechtl. Wirkung ist, falls es um die Entfernung von Sachen sich handelt, die „im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Mieters" o. „den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend" erfolgt, oder wenn „die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen". Diesen, gleichfalls wesentlich tatsächl. Beurteilung unterliegenden (so insbs. btr. der Subsumtionsfrage i. F. des BGB. § 560 S. 2: RG. III 4. März 01 G. 48 129), Aufhebungsgründen tritt nach BGB. § 936 noch der wenig praktische Fall der Veräußerung der eingebrachten Sachen an einen Dritten hinzu, falls diesem das Pfandr. ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt war (anders nach PrALR.: vgl. RG. III 15. Jan. 81 E. 3 322). Hiernach erlischt das bisher bestandene Pfandrecht, selbst bei entgegenstehendem Vertrage, insbs., wenn der Vermieter unter Zustimmung des Vermieters das Grundstück verläßt, mag er auch in ein anderes Grundstück dess. Vermieters ziehen (vgl. RG. III 26. Feb. 81 R. 3 82), dagegen bleibt das Pfandrecht nach dem oben Bemerkten neben dem begründeten neuen bestehen, wenn der Mieter in eine andere Wohnung desselben Vermieters im selben Grundstück zieht. Sehr fraglich ist der von RG. II 9. Mai 93 E. 24 153 fürs PrALR. i. S. der Aufhebung des alten Pfandr. entschiedene Fall, wenn der Hauswirt als Vermieter die Fortschaffung der Sachen aus der Mietwohnung und ihre Verbringung in eine im selben Hause belegene Wohnung eines Untervermieters ausdrücklich gestattet; es ist hier entscheidend, ob der ursprüngliche Vermieter damit auf sein Pfandr. verzichtet o. nicht. Entsprechendes wird gelten, wenn zwischen Vermieter und Mieter, unter Aufhebung des früheren Mietvertrages, bezüglich derselben Wohnung ein neuer Mietvertrag geschlossen wird und die Sachen in derselben Wohnung verbleiben; selbstverständlich ist jedoch das — alte — Pfandr. erloschen, wenn aus dem ersten Mietvertrage keine durch das Pfandr. zu sichernde Forderungen mehr bestehen; vgl. RG. II 14. Feb. 93 G. 41 31 btr. PrALR. Über die Frage, ob der Bestand des Pfandr. beein-

flußt werde, wenn die von ihm umfaßten Sachen des Mieters für einen mit diesem Pfandr. bekannten Dritten gepfändet, jedoch im Mietgrundstücke verblieben sind, demnächst aber mit Genehmigung des Vollstreckungsgerichts vom Gerichtsvollzieher im Wege freihändigen Verkaufs jenem Dritten verkauft u. übergeben werden, vgl. RG. IV 28. Okt. 02 E. 35 412.

β) Wg. des gesetzl. Pfandrechtes des Verpächters eines Grundstücks finden die Ausführungen zu α nach BGB. § 581, „entsprechende Anwendung"; doch ist das Pfandr. des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch § 585 nach mehrfachen Richtungen erweitert; es kann namentl. für den noch nicht fälligen Pachtzins unbeschränkt geltend gemacht werden, u. erstreckt sich auch auf die Früchte des Grundstücks sowie die nach ZPO. § 811 N. 4 der Pfändung nicht unterworfenen Sachen (vgl. übrigens das zu α zit. RG. G. 45 437).

5) Ein Gebrauchsrecht kann in den verschiedensten Rechtsverhältnissen seinen Grund haben, und zwar nicht bloß solchen privatrechtl., sd. auch öffentlichrechtl. Natur. Ob es dinglicher o. nur persönlicher Natur ist, ist gleichgültig, da jedes Gebrauchsrecht geschützt wird; vgl. das N. 2b zit. RG. E 17 358.

a) Was das Reichsrecht betrifft, so wird als ein „Gebrauchsrecht" i. S. des § 289 auch die durch die Rechte der Miteigentümer eingeschränkte Befugnis der Teilhaber einer Gemeinschaft zum Gebrauche des gemeinschaftl. Gegenstandes (BGB. § 743,) in Betracht kommen können (N. 7); außerdem aber wird wesentlich zu denken sein an die Gebrauchsrechte des Mieters an der — beweglichen — Sache und an die des Pächters, etwa an gepachteten Kühen o. am Inventar des erpachteten Grundstücks (BGB. §§ 535, 581), sowie an die des Entleihers einer beweglichen Sache (BGB. § 598).

b) Landesrechtlich kommen namentl. die Gebrauchsrechte in Betracht, die durch mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehende Leibgedings-, Altenteils- und ähnliche Verträge begründet werden (EGBGB. Art. 96).

6a) Btr. des Zurückbehaltungsrechtes sind an reichsrechtlichen Bestimmungen zunächst die allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 273 f. zu erwähnen; dieses Zurückbehaltungsr., über das RG. III 28. Jan. 01 G. 48 123 zu vgl., kann aber (vgl. § 273, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt") durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden. Ferner kommen nach dem BGB. in Betracht die auf besondere Vorschriften sich gründenden Zurückbehaltungsrechte des Finders sowie des Besitzers, der die Sache nicht durch eine vorsätzliche unerlaubte Hdlg. erlangt hat (§§ 972, 1000 ff.). Weitere reichsrechtliche Vorschriften sind im HGB. §§ 369 ff. über das kaufmännische Zurückbehaltungsr gegeben. Andererseits schließt PostG. § 18 die Pfändung gegen Posten, Extraposten, Kuriere und Estafetten sowie mit ledigen Gespannen zurückkehrende Postillone aus. Ausdrücklich ausgeschlossen ist ferner nach BGB. ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters eines Grundstücks (§ 556,) u. folgeweise auch des Pächters eines solchen (§ 581,), während Mieter u. Pächter beweglicher Sachen nach den allg. Vorschriften der §§ 273 f. ein Zurückbehaltungsr. wegen ihrer Ansprüche gg. den Vermieter bzw. Verpächter haben.

b) Landesrechtlich kann ein Zurückbehaltungsr. namentl. begründet sein durch die nach EGBGB. Art. 89 unberührt gebliebenen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen (vgl. das zu a zit. RG. G. 48 123), desgl. durch Vorschriften des nach Art. 95 aO. (in der hier interessierenden Beziehung) unberührt gebliebenen Gesinderechts. Was namentl. die Privatpfändung betrifft, so ist nach den maßgebenden landesrechtl. Vorschriften zu prüfen, ob es bei dessen Gewährung um ein wahres Zurückbehaltungsrecht sich handelt oder nicht; vgl. in dieser Beziehung RG. I 4. Dez. 82, IV 12. Feb 92, III 19. Dez. 98, E. 7 302, 22 364, 32 12, sowie zit. G. 48 123, das ein solches nach dem OldenbG. v. 15. Aug. 1882 bejaht.

Für Preußen speziell ist hervorzuheben, daß nach dem PrAusführungsG. z. BGB. Art. 89 1b u. 3 die Bestimmungen des PrALR I 14 §§ 413 ff. sowie die Vorschriften des GR. über die Privatpfändung aufgehoben worden sind, so daß jetzt nur noch in Betracht kommen die §§ 69—88 FFPG. sowie die Bestimmungen der alten FeldPolO., soweit sie nach § 96 Nr. 1 FFPG. noch in Kraft geblieben sind (d. h. insoweit sie nicht die Vieh-

pfändung betreffen). Wg. des Zurückbehaltungsrechts der Herrschaft an Sachen des seinen Dienst vorzeitig verlassenden Dienstboten vgl. RG. II 9. Dez. 92 E. 23 356 btr. GesindeO. § 61. Daß durch Hingabe eines Sparkassenbuches als „Pfand" für ein Darlehn zwar weder ein Pfandr. an der Sparkassenforderung, noch an dem Buche als solchem entstehe, dagegen wohl ein Zurückbehaltungsr. an letzterem, was RG. II 10. Okt. 93 G. 41 387 nach PrALR. annahm, wird auf Grund des BGB. ebenso zu entscheiden sein.

7) Wie beim Diebst. (§ 242 N. 14 ff., insbs. 21 ff.) wird als Hdlg. ein „Wegnehmen" erfordert. Während aber dort jeder beliebige „andere", als der Täter selbst, in Betracht kommt, sofern er nur die Sache so — in seinem Gewahrsam — hat, daß sie ihm weggenommen werden kann (§ 242 N. 15, 18), muß im Falle des § 289 derjenige, dem weggenommen wird, der Nutznießer, Pfandgläubiger, Gebrauchs- o. Zurückbehaltungsberechtigte sein; wenn z. B. der Hdlg. kein Nießbrauchsrecht rc. an der Sache besteht, so ist der Tatbestand des §. von vornherein objektiv ausgeschlossen (RG. III 26. Apr. 00 G. 47 287), ebenso wenn ein Nutznießer rc. sie nicht so hat, daß sie ihm weggenommen werden kann, wie z. B. bei dem durch Pfändung begründeten Pfandr. (vgl. jedoch § 137). Aber auch sonst waltet ein Unterschied vom Diebst. ob; denn ist auch bei beiden Delikten ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zu der Sache, die „weggenommen" wird, erforderlich (so für § 289: RG IV 13. Feb. 94, I 13. Mai 95, E. 25 115, 27 222, III 23. Juni 98, 28. Jan. 01, G. 46 340, 48 123), so muß doch dieses Verhältnis beim Diebstahl ein näheres sein, als bei der Pfandkehr; die in die Mietwohnung eingebrachten Sachen des Mieters können dem Hauswirte als Vermieter zwar nicht i. S. des § 242, wohl aber in dem des § 289 „weggenommen" werden; vgl. RG. IV 10. Okt. 05 E. 38 174 sowie Binding Lb. 1 318 f., auch Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 113; aM. Frank N. III. Hat aber das auch für § 289 vorausgesetzte tatsächliche Herrschaftsverhältnis nie bestanden, oder ist es beendigt worden, so entfällt wiederum objektiv der Tatbestand des § 289; eben deshalb ist die Beeinträchtigung des — auch nach der Entfernung der Sachen vom Mietgrundstück möglicherweise noch fortbestehenden (vgl. BGB. § 560) — Pfandrechts dann nicht mehr als Pfandkehr strafbar, wenn die Entfernung der Sachen vom Mietgrundstück bereits vollendet war (zit. RG. G. 47 287), während umgekehrt der Umstand, daß die Sachen auch nach der Entfernung dem Pfandr. des Vermieters noch verhaftet bleiben, nicht gegen die Annahme einer ausgeführten Wegnahme geltend gemacht werden kann (RG. I 2. Apr. 94 E. 25 220). Gegen einen Hypothekengläubiger kann das Verg. aus § 289 nicht begangen werden, und zwar weil, wenn auch das durch die Hypothek begründete Recht auf die getrennten Bestandteile und das Zubehör des verpfändeten Grundstücks sich erstreckt (BGB. § 1120), doch ihm diese Sachen wegen Fehlens eines auch nur besitz- oder gewahrsam-ähnlichen Verhältnisses nicht „weggenommen" werden können; so zitt. RG. E. 25 115, G. 46 340, für die Fälle der Fortschaffung von Zubehörstücken seitens des Grundstückseigentümers zum Nachteil der Hypothekengläubiger bzw. von eingebrachten Sachen seitens des Mieters.

Ähnlich wie beim Diebst. (§ 242 N. 19) genügt auch die Wegnahme aus dem Mitgewahrsam des Nutznießers rc. und das Verbringen in den alleinigen Gewahrsam des mitberechtigten Täters; RG. II 8. Mai 88 E. 17 358. Das muß namentl. auch gelten beim Gebrauchsrecht des Miteigentümers (N. 5).

Die Art, wie die Entfernung zustande kommt, ist gleichgültig; RG. II 22. Sept. 93 G. 41 279 (btr. Wegnahme im Wege einer Zwangsvollstrckg., die ein Gläubiger der Ehefrau mit deren Einverständnis ohne die Absicht, sich Befriedigung zu verschaffen, an ihren Sachen vornehmen läßt), zit. E. 38 174 (Fortschaffung durch einen Beauftragten bei Nichtzurücknahme des erteilten Auftrags trotz inzwischen erlangter Kenntnis vom Fehlen des Einverständnisses des Vermieters). Deshalb kann die Wegnahme auch durch sofortige Zerstörung begangen werden (vgl. § 288 N. 10_2); aM. in Konsequenz der beim Diebst. (§ 242 N. 30c) vertretenen Ansicht auch im Hinblick auf § 137, wo „Zerstörung" ausdrücklich genannt sei, RG. IV 29. März 87 E. 15 434 (entgegen ORA. — R. 9 211); ferner: Binding Lb. 1 319, v. Liszt S. 440, Lenz aO. 109 N. 33.

In der **Praxis** wurde die Wegnahme:

I. **bejaht** bei Steuerbeamten btr. der in öffentl. Niederlagen befindlichen Waren, da sie diese nicht im eigenen Gewahrsam hätten (§ 242 N. 19); Berlin 2. Juli 75 O. **16** 511;

II. **verneint**: im Gebiete des PrALR. beim Wegschaffen eingebrachter Sachen aus einer Mietwohnung in eine andere Wohnung desselben Hauses, da der Vermieter die gleiche faktische Gewalt an den Sachen behalte; **RG**. II 22. Apr. 84, 9. Apr. 86, E. **10** 321, R. 8 272; falls der Vermieter durch sein Verhalten zu erkennen gegeben, er wolle von seinem Rechte keinen Gebrauch machen; **RG**. III 5. Juli 86 E. **14** 321; beide Fälle würden nach BGB. ebenso zu entscheiden sein; N. 4 b α.

8) Die Frage, wann ein „Wegnehmen" möglich sei, ist namentlich gegenüber dem **Pfandrechte des Vermieters** bzw. Verpächters (N. 4 b α, β) **streitig** gewesen; es fragte sich insbs., ob es ausdrücklich und ev. in welcher Weise geltend gemacht sein müsse. Während von einzelnen eine **tatsächliche Ausübung** des Zurückbehaltungsrechtes, d. h. eine wirkliche Ergreifung des Besitzes oder Gewahrsams, erfordert wurde, hielt man meist jedoch eine **mündliche Erklärung** des Vermieters, von dem Rechte Gebrauch machen zu wollen, für genügend; so namentl. auch btr. des HambStadt- bzw. des GR. sowie des PrALR. **RG**. III 8. Mai, II 23. Nov. 80, E. **1** 429, **3** 57. Mit Recht ist aber das **RG**. später (unter Billigung von Binding Lb. **1** 319) in den verschiedene Landesrechte btr. Entsch. II 1. Apr. 81, 20. Jan., III 29. Apr. 82, III 5. Juli 86, I 17. Sept. 91, E. **4** 43, R. **4** 56, E. **6** 321, **14** 321, **22** 126 noch weitergegangen und hat angenommen, daß die Fortbringung der Mobilien gegen den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Willen des Vermieters „Wegnahme" sei, weil sie das besitzähnliche Verhältnis des Vermieters zu den in sein Grundstück eingebrachten Sachen aufhebe; eine ausdrückliche Erklärung des Vermieters bezüglich der Geltendmachung seines Pfandrechtes an den Mobilien durch Zurückbehaltung sei deshalb für den objektiven Tatbestand nicht erforderlich (wegen des subjektiven s. N. 11_3); es folge das weniger aus landesrechtl. Bestimmungen, sondern aus allg. Rechtsprinzipien u. aus der inneren jurist. Natur des Pfandrechtes des Vermieters. Das muß auch unter der Herrschaft des BGB. gelten.

9) Der Eintritt eines **materiellen Schadens** ist keine notwendige Voraussetzung des § 289; die Strafandrohung richtet sich ihrem Zwecke nach gerade gegen die Wegnahme aus der Besitzsphäre des Berechtigten und erfordert somit keine andere Beschädigung des Verletzten als die Beeinträchtigung, die er durch die Wegnahme der Sache in seiner rechtlichen Lage überhaupt erleidet; **RG**. IV 16. Dez. 87 R. **9** 730.

Subjektiver Tatbestand. N. 10—12.

10) **Subjektiv** wird für den Fall, daß das Objekt eine **fremde** bewegliche Sache ist, erfordert, daß die Wegnahme „**zugunsten des Eigentümers derselben**" erfolge, wodurch dieser Mischtatbestand des § 289 vom Diebst. sich unterscheidet (N. 1_2). Darüber, daß es hier in der Tat um ein subjektives, nicht um ein objektives Erfordernis sich handelt, vgl. § 157 N. 10; **RG**. III 4. Dez. 82 E. **7** 325, Oppenh.-O. N. 3, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 3, Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 109.

Nicht strafbar aus § 289 ist hiernach der schwerere Fall der Wegnahme einer fremden Sache zu **eigenem** Gunsten; er ist auch keineswegs stets als Diebst. anzusehen, so z. B. dann nicht, wenn der Täter die fremde Sache für eine eigene Forderung als Pfand nehmen oder für eine eigene Schuld als Pfand geben wollte (§ 242 N. 30 b); zit. **RG**. E. **7** 325, Binding Normen **2** 549, Berner S. 626, Merkel HH. **3** 836 N. 1, Schütze S. 504 N. 10, v. Schwarze N. 2, Lenz aO. 100.

Verfolgt der Wegnehmende ein eigenes Interesse, so kann er hiernach wg. **Täterschaft** aus § 289 nur dann verurteilt werden, wenn die **Absicht** auch darauf ging, zugleich im Interesse des Eigentümers zu handeln; daß die Wegnahme **objektiv** gleichzeitig zugunsten des Eigentümers geschehen ist, genügt nicht; so das zit. **RG**. E. **7** 325 (das aber zutreffend auf den Gesichtspunkt einer dem **Eigentümer** als Täter geleisteten **Beihilfe** verweist; N. 14) sowie IV 1. Dez. 93 G. **41** 414 (der Wille müsse zugleich dahin gerichtet sein, durch **Verletzung des Pfandrechts** ꝛc. dem Eigentümer selbst einen Vorteil zu verschaffen).

11) In subjektiver Beziehung wird ferner, und zwar für **beide** Fälle des Mischtatbestandes, ausdrücklich eine „**rechtswidrige Absicht**" erfordert. Es muß also die Wegnahme in der Absicht geschehen, das an der weggenommenen Sache begründete Recht des Nutznießers ꝛc. zu vereiteln (vgl. § 263 N. 45); damit ist aber auch der Inhalt dieses Erfordernisses erschöpft und es bedarf keineswegs der Absicht der materiellen Schädigung (N. 10) oder einer gewinnsüchtigen, eigennützigen Absicht. So die GM., insbs.: RG. I 28. Juni 80 R. **2** 131, II 18. Jan. 81, 12. März 86, E. **3** 277, **13** 399; vgl. auch Binding Normen **1** 217 f., **2** 549. Insbs. braucht hiernach bei der gegen den Pfandgläubiger oder Zurückhaltungsberechtigten gerichteten Hdlg. nicht die Absicht obzuwalten, das Forderungsrecht zu verkürzen, zu dessen Sicherung jene dienen; so die GM.

Nach Binding Lb. **1** 320 u. Normen **2** 597 soll im § 289 Absicht „gar nichts anderes als Vorsatz bedeuten"; dagegen spricht aber sowohl die Bedeutung, die jener Ausdruck in dem mit § 289 nicht nur äußerlich sich berührenden § 288 (das. N. 14) hat, sondern auch der Umstand, daß alsdann „rechtswidrige Absicht" gleichbedeutend sein würde mit „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit", zu einer ausdrücklichen Hervorhebung dieses allgemeinen Dolusmerkmals aber kein Grund vorliegen würde; es wird vielmehr mit „rechtswidriger **Absicht**" — entsprechend dem Begriffe der „Absicht" im § 263 (das. N. 49) — der auf Verletzung des an der Sache bestehenden Rechtes des Nutznießers ꝛc. gerichtete **Wille** bezeichnet, ohne daß diese Verletzung der Endzweck des Handelns, somit das Motiv für die Tat zu sein braucht. Die GM. (vgl.: Hälschner **2** 338, v. Liszt S. 440, Merkel HH. **3** 836, Frank N. IV 1, Rüb.-St. N. 3, v. Schwarze N. 5 u. SächsGZ. **15** 343, Lucas Subj. Verschuldg. S. 33, Lenz Strafrechtl. Pfandrechtsschutz S. 106 N. 27), insbs. aber RG. II 30. Jan. 91, 2. März 94, 1. Mai 96, E. **21** 312, **25** 154, **28** 348 geht, jedenfalls in der Ausdrucksweise, vielleicht nicht in der Sache, insofern weiter, als die **bewußte Verfolgung des rechtswidrigen Zweckes** für erforderlich erklärt wird. Für einen Eventualdolus aber ist (abgesehen von Binding) nach keiner dieser Auffassungen Raum (§ 59 N. 6); so die zitt. RG. II sowie IV 1. Dez. 93 G. **41** 413; aM. Frank ZStrW. **14** 409.

Für das Moment der „rechtswidrigen Absicht" ist die ausdrückliche Geltendmachung des Pfand- bzw. Zurückbehaltungsrechtes seitens des Vermieters (N. 9) kein unbedingtes Erfordernis, wohl aber für die Beweisfrage von hervorragender Wichtigkeit; RG. II 23. Nov. 80, 1. Apr. 81, E. **3** 57, **4** 43.

12) In der **Praxis** des RG. wurde zur Ausschließung des subjektiven Tatbestandes für geeignet erachtet die Annahme des Mieters (Pächters),

a. daß der Vermieter wegen der Geringwertigkeit der Sachen in deren Wegschaffung einwillige (vgl. N. 4 b α u. 7 II); III 5. Juli 86 E. **14** 321;

b. daß die Pachtforderung, welche die Voraussetzung für das Pfandr. gebildet habe, nicht mehr bestehe; IV 10. Feb. 88 R. **10** 137.

Versuch; Teilnahme; Konkurrenz; Strafantrag; Strafausschließung; Verjährung, Zuständigkeit. N. 13—18.

13) Der **Versuch** (§ 43) des Verg. ist im Abs. 3 für strafbar erklärt. Wegen der Annahme eines solchen vgl. N. 39 zum § 242, deren Ausführungen auch für den letzteren Fall des Mischtatbestandes deshalb zutreffen, weil hier zur Vollendung des Verg. nicht erfordert wird, daß die Wegnahme objektiv „zugunsten des Eigentümers der Sache" ausgeschlagen sei (N. 10). Vgl. über Fälle aus der Praxis des RG., in denen ein Versuch a. **angenommen** wurde: IV 27. Okt. 93 G. **41** 396, 10. Okt. 05 E. **38** 174, b. **verneint** wurde: III 28. Feb. 01 G. **48** 127 (ein Versuch der Wegnahme liege nicht schon in dem Abschluß eines Kaufvertrags über Früchte auf dem Halm, die bei ihrer Trennung dem Pfandr. des Verpächters unterfielen).

14) Btr. der **Teilnahme** gelten die allg. Grundsätze des T. I Abschn. 3, namentl. auch, trotz des letzteren der beiden Mischtatbestände (N. 7, 10), hinsichtlich der **Beihilfe** (§ 49). Hier ist denkbar, einerseits, daß dem Eigentümer, als Täter, ein Dritter (s. das N. 10 zit. RG. E. 7 325), andererseits, daß dem Dritten, als Täter zugunsten des Eigentümers, letzterer Beihilfe leiste, wenn auch infolge der eigentümlichen Gestaltung der Misch-

tatbestände des § 289 die Entscheidung darüber, ob Mittäterschaft (§ 47) oder Beihilfe vorliege, im Einzelfall häufig schwierig ist; vgl. das N. 7 zit. RG. E. 41 279 btr. Mittätersch. des als Vertreter des Gläubigers mitwirkenden Rechtsanwaltes.

15) Idealkonk. (§ 73) kann stattfinden mit:

a. Körperverltzg. (§ 223), falls diese lediglich das Mittel für die Wegnahme ist, weil § 289 die Umstände, unter denen, und die Mittel, mit denen letztere geschieht, nicht berücksichtigt; die Strafe ist dabei aus § 289 zu bemessen; so das § 73 N. 29 IIb zit. RG. E. 13 399;

b. Erpressung (§§ 253, 255); so: RG. II 19. Juni 94 E. 25 435 (in ausdrücklicher Abweichung von dem zit. E. 13 399), Lenz Strafr. Pfandrechtsschutz S. 116; aM. Binding Lb. 1 321, das Verg. aus § 289 werde absorbiert, während bei Verübung durch Nötigung diese ideal konkurriere.

16) Ein Strafantrag (§§ 61 ff.) ist nach Abs. 4 Bedingung der Strafverfolgung. Antragsberechtigt ist der Nutznießer rc., dessen Recht durch die Wegnahme der Sache verletzt wurde (§ 61 N. 10 f.). Das ist bei Wegnahme der eingebrachten Sachen des Mieters aus der Mietwohnung der Vermieter (über dessen Vertretung bei der Antragstllg. vgl. § 61 N. 17_2, insbs. das das. zit. RG. E. 23 344 btr. das Antragsrecht des Sequesters, sowie N. 18a), ohne Rücksicht auf Eigentumsrechte an der Wohnung, weil das Pfandr. seinen Rechtsgrund ausschließlich in dem abgeschlossenen Mietvertrage hat; RG. III 25. Apr. 87 R. 9 284, II 18. Juni 97 G. 45 279 (dieses btr. Antragsr. des antichretischen Pfandbesitzers — nach PrALR.; s. jedoch BGB. § 1213 — als Vermieters); so auch IV 24. Okt. 02 E. 35 402 btr. des Antragsr. der Ehefrau, obschon das vermietete Grundstück zum Eingebrachten gehörte u. der Mietvertrag ohne Einwilligung des Ehemanns geschlossen war (BGB. §§ 1395, 1399). Schließt aber der Ehemann den Mietvertrag, so ist nach dem gesetzlichen Güterrecht des BGB. lediglich er antragsberechtigt, wenn das Grundstück zum eingebrachten Gute der Frau gehört und er deshalb den Nießbrauch daran hat; dies läßt RG. IV 21. Dez. 00 E. 34 64 unentschieden, nimmt aber zutreffend an, daß bei allg. GG. nach BGB. §§ 1438 ff. die Mietforderung nebst gesetzl. Pfandr. zum gemeinschaftl. Vermögen beider Ehegatten gehöre, weshalb jeder Ehegatte als Verletzter selbständig antragsberechtigt sei. Der Hypothekengläubiger würde schon deshalb nicht antragsberechtigt sein, weil ihm die eingebrachten Sachen nicht weggenommen werden können, da er an ihnen kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis hat, er somit nicht Verletzter ist (so das N. 7 zit. RG. G. 46 340 btr. Hamburger R.); nach dem ZwVG. § 21 Abs. 2 umfaßt übrigens die Beschlagnahme in der Zwangsversteigerung die Miet- u. Pachtzinsforderungen nicht, allerdings aber nach § 148 die Beschlagnahme in der Zwangsverwaltung.

17) Ein Strafausschließungsgrund ist im Abs. 5 aufgestellt, indem hier die Anwendung der Bestimmungen des § $247_{2,3}$ (das. N. 13, 14) vorgeschrieben wird, wobei selbstverständlich von einer „Anwendung des § 247_3“ nur insofern die Rede sein kann, als dieser auf Abs. 2, nicht auch auf Abs. 1 das. sich bezieht; denn das Antragsdelikt des § 289 ist ein absolutes, nicht, wie das aus § 247, ein relatives (§ 61 N. 8).

18) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Gefängnis von 1 T. bis 2 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3—900 M. (§ 27); neben dem Gef. kann nach Abs. 2 i. V. mit § 32 VbER. erkannt werden. Der Versuch (N. 13) ist nach §§ 44 (insbs. N. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. § 73[1], § 75[11] (F. v. 5. Juni 05).

§. 290.

Oeffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen, werden mit Gefängniß bis zu Einem Jahre, neben welchem auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden kann, bestraft.

PrStGB. § 265. Entw. I § 225, II § 286.

1) § 290 behandelt einen besonderen Fall des furtum usus. Für die Bestrafung gerade dieses Falles war, nach den Motiven, der ihn charakterisierende „Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens" maßgebend. Sowenig wie § 289 (das. N. 1_2) einen einfachen Fall der Besitzentwendung behandelt, sowenig § 290 einen einfachen Fall der Gebrauchsentwendung; denn diese verbindet sich mit einer Verletzung der dem Pfandleiher obliegenden Verbindlichkeiten; Binding Normen 2 550 N. 790.

2) Subjekt des ein Sonderdelikt bildenden Verg. muß ein „öffentlicher Pfandleiher" sein.

Das „Pfandleihgewerbe", d. h. die Gewährung von Darlehen in mäßigen Grenzen gegen Verpfändung von beweglichen Wertsachen jeglicher Art, ist zu unterscheiden von dem kaufmännischen Betriebe des Lombardgeschäfts; deren Inhaber sind „Bankiers" (HGB. § 1 Nr. 4) und gehören dem Handelsstande an, während die „Pfandleiher" zu den Gewerbetreibenden i. e. S. rechnen; Freudenstein WucherG. S. 132 N. 1. Wenn GewerbeO. § 34_2 bestimmt, daß „als Pfandleihgewerbe auch der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechtes zu gelten habe", so ist das an sich für § 290 nicht maßgebend (vgl. jedoch § 302a N. 8a). Dennoch wird derjenige, der gewerbsmäßig Rückkaufsgeschäfte treibt, die ihrem Wesen nach nur Pfandleihgeschäfte sind (und das ist die Regel), als „Pfandleiher" i. S. des § 290 anzusehen sein, weil der materielle Gesichtspunkt den formalen überwiegt (vgl. auch § 360[12]).

„Öffentlicher" Pfandleiher ist, wer das Pfandleihgewerbe „öffentlich", d. h. offenkundig und fürs Publikum zugänglich betreibt (§ 110 N. 5_2); Binding Lb. 1 322, Hälschner 2 339, v. Liszt S. 439, Merkel HH. 3 838, Schütze S. 504 N. 10, v. Wächter S. 437 N. 3, Frank N. II, Rubo N. 1, Freudenstein aO. Ist das der Fall, so kommt es darauf nicht an, ob der Pfandleiher „zur Betreibung seines Geschäftes" die durch GewerbeO. § 34_1 vorgeschriebene behördliche Erlaubnis erhalten hat; RG. III 2. Apr., II 8. Mai 83, E. 8 269, 253 (deshalb könne auch der Gehilfe in einem Pfandleihgeschäft als Mittäter aus § 290 zu bestrafen sein), Binding, Hälschner, Merkel, Frank aO., Oppenh.-D. N. 1, Rüd-St. N. 1.

3) Objekt des Verg. sind die von dem öffentl. Pfandleiher „in Pfand genommenen Gegenstände", d. h. die ihm zum Faustpfand bestellten „beweglichen Sachen" (§ 242 N. 3, 4). Übrigens kann unter Umständen eine „Inpfandnahme" ohne Erwerb eines Pfandrechtes seitens des Pfandleihers stattfinden; vgl. z. B. § 5 des nach Art. 94 EGBGB. in Kraft gebliebenen u. auch durch Art. 41 des PrAusführungsGBGB. insoweit nicht abgeänderten PrG. v. 17. März 1881 btr. das Pfandgewerbe, wonach „ein Pfandrecht an den ihm (d. h. dem Pfandleiher) übergebenen Gegenständen erst dadurch erworben wird, daß er das Geschäft in ein sog. Pfandbuch einträgt".

4) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Pfandleiher die Pfandgegenstände „in Gebrauch nimmt" und zwar „unbefugt" (§ 123 N. 14). Da der Pfandvertrag, abgesehen von der Veräußerungsbefugnis, nur den Pfandbesitz verleiht, so ist folgeweise die Ingebrauchnahme der Pfandgegenstände seitens des Pfandleihers eine widerrechtliche, wenn sie ohne Einwilligung des Verpfänders erfolgt; Merkel HH. 3 838.

Übrigens kommt nicht bloß ein körperl. Gebrauch in Betracht, sondern auch jede andere Art nutzbarer Verwendung, z. B durch Verpfändung; RG. III 2. Apr. 83 E. 8 269.

5) Der Dolus, der jedenfalls das Bewußtsein der mangelnden Befugnis erfordert (so die GM.), wird von Binding Lb. 1 322 u. Normen 2 550 N. 790 nach dem oben N. 1 Bemerkten zutreffend als ein Doppelvorsatz bezeichnet, indem die bewußte unbefugte Anmaßung des Gebrauchs der Pfandgegenstände mit der vorsätzlichen Verletzung der dem Pfandleiher obliegenden Verbindlichkeiten sich verbindet; er muß auch der Tatsachen sich bewußt sein, die seine Eigenschaft als „öffentlicher" Pfandleiher begründen, während ein Subsumtionsirrt. nach Ansicht der GM. ihm nicht zustatten kommt; so auch Binding Lb. aO.

6) Was das Verhältnis zur Unterschlagung anbetrifft, so enthält allerdings der bloße „Gebrauch", der z. B. bei einer Weiterverpfändung unbedingt vorliegt (das N. 4_2 zit. RG. E. 8 269, Binding Lb. 1 322), nicht notwendig eine Zueignung, wohl aber kann

er eine solche darstellen und tut es namentl. dann, wenn er in einen „Verbrauch" übergeht (vgl. § 246 R. 13 f.). Trotzdem wird man Idealkonk. des Verg. aus § 290 mit Unterschl. für ausgeschlossen zu erachten und, insoweit der Tatbestand der letzteren vorliegt, dem § 290 nur subsidiäre Bedeutung (§ 72 R. 13) beizumessen haben, derartig, daß sein Tatbestand ev. durch den des § 246 absorbiert wird; so: RG. III 13. Dez. 86 E. 15 147, Binding Lb. 1 322, Rüd.-St. R. 3, während Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 40 f. R. 2 sowohl Ideal- wie Gesetzeskonk. verneint; aM. die früheren Aufl. des Komm. im Anschluß an die überwiegende M.

7) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) u. fakultativ außerdem Geldstr. von 3—900 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist SchöffenG.; GVG. § 27²⁴ (F. v. 5. Juni 05).

§. 291.

Wer die bei den Uebungen der Artillerie verschossene Munition, oder wer Bleikugeln aus den Kugelfängen der Schießstände der Truppen sich widerrechtlich zueignet, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

PrStGB. § 349⁵. Entw. I § 284 Abs. 2, II § 287. Aktenst. Nr. 92.

Vgl. MStGO. §§ 16³, 63¹.

1) § 291 handelt, wie die Unterschlgg., von einem Falle der „widerrechtlichen" (d. i. rechtswidrigen) „Zueignung" (§ 246 R. 10—18). Während aber bei der Unterschlgg. das Objekt schlechthin jede „fremde Sache, die der Täter in Besitz oder Gewahrsam hat" (§ 246 R. 2—8), sein kann, ist das Objekt im Falle des § 291 nur ein sehr beschränktes, nämlich: „die bei den Übungen der Artillerie verschossene Munition und die Bleikugeln in den Kugelfängen der Schießstände der Truppen", also lediglich die bei militärischen Übungen deutscher Truppen verschossene Munition, diese aber auch nicht einmal in vollem Umfange (s. u. b); Binding Lb. 1 311. Ausgeschlossen ist danach jedenfalls die im Gefechte seitens D. Truppen sowie die bei nicht militärischen Übungen verschossene Munition. Im einzelnen kommt in Betracht:

a. die bei Übungen der Artillerie verschossene Munition, mag sie sich finden, wo sie will, d. h. innerhalb oder außerhalb der Artillerieschießplätze; aM. Lehr Objekte d. Diebst. S. 21 (die über die Grenze des Schießplatzes geflogene Munition komme als dereliquiert für § 291 nicht mehr in Betracht; vgl. jedoch R. 2a);

b. die seitens der Truppen verschossenen Bleikugeln nur, wenn sie in den „Kugelfängen der Schießstände der Truppen" sich befinden; über die Kugelfänge hinausgeflogene Bleikugeln bilden kein Objekt des Verg. aus § 291.

2) Für das praktisch wichtige Verhältnis des Verg. aus § 291 zum Diebst. (§ 242) und zur Unterschlgg. (§ 246) ist zunächst die Frage von Bedeutung, ob und inwieweit eine Preisgabe des verschossenen Materials, soweit eine solche zu verneinen, aber die weitere Frage, ob ein Verlust des Gewahrsams auf seiten des Eigentümers anzunehmen sei.

a) Die Preisgabe ist zu verneinen sowohl btr. der „verschossenen Artilleriemunition" (aM. Lehr Objekte des Diebst. S. 21) wegen der Höhe ihres Wertes, soweit nicht die Umstände das Gegenteil ergeben, wie z. B. bei Schießübungen auf dem offenen Meere, als auch btr. der „verschossenen Bleikugeln", soweit diese innerhalb der, wenn auch offenen, Kugelfänge der Schießstände sich befinden; denn die Wiederauffindung des innerhalb dieser Grenze befindlichen Bleies bildet eine Aufgabe der zuständigen Militärbehörde. So: Binding Lb. 1 310, v. Liszt S. 440, Frank R. 1, Rüd.-St. R. 2 u. Merkel HH. 3 838, der den Beweis dafür gerade in dem Schutze des „Wiederokkupationsrechtes" des Staates findet.

b) Hinsichtlich des Gewahrsams ist als zweifellos anzunehmen, einerseits daß er beim Militärfiskus an allem verschossenen Material, das in abgeschlossenen Schießplätzen bzw. in solchen Kugelfängen sich findet, verblieben, andererseits daß er an dem Material, das

über das räumliche Herrschaftsgebiet des Fiskus hinausgeflogen ist, verloren sei. Je nach den Umständen aber, namentl. nach der Art der ausgeübten Bewachung, wird die Fortdauer des Gewahrsams zu bejahen oder zu verneinen sein, wenn das Material zwar innerhalb der fiskalischen Schießplätze, aber entweder in offenen Kugelfängen oder im offenen Terrain niedergefallen ist; dem steht auch RG. III 10. Nov. 80 R. 2 490 nicht entgegen, wenn es ausspricht, daß offene Kugelfänge an sich weder bestimmt noch geeignet seien, den Besitz seitens der Militärbehörde zu erhalten oder erkennbar zu machen; vgl. auch Merkel HH. 3 838, es sei eine haltlose Fiktion, daß die in den Kugelfängen aufgefangenen Bleikugeln regelmäßig nicht mehr im Besitze des Eigentümers sich befänden.

In subjektiver Hinsicht vgl. über die rechtsirrtüml. Annahme einer Befugnis zur Aneignung, insbs. in der Meinung vorliegender Dereliktion, das zu § 59 N. 31 a α zit. RG. S. 40 149.

3) Nach der Ausführung in N. 2 ist Idealkonk. zwischen dem Verg. aus § 291 mit Diebst. bzw. Unterschlgg. an sich denkbar, indem § 291 namentl. auch nicht einen begrifflich engeren Tatbestand als die §§ 242, 246 enthält. Es wird aber, wie beim § 290 (das. N. 6), auch hier Subsidiarität der Norm des § 291 gegenüber denjenigen der §§ 242, 246 anzunehmen (§ 73 N. 13) u. deshalb Idealkonk. für ausgeschlossen zu erachten sein, falls der Tatbestand des Diebst. o. der Unterschl. vorliegt. Im praktischen Ergebnis stimmt diese Ansicht mit RG. III 10. Nov. 80 R. 2 490 überein, nach dem § 291 überhaupt nur Anwendung finden soll, wo ohne Erlaß der Strafbestimmung eine Dereliktion (?) anzunehmen gewesen wäre, so namentl. beim Ansammeln der Munition in „offenen Kugelfängen", die bei Erlaß der Bestimmung vorausgesetzt seien, wie insbs. die Entstehungsgeschichte, die bis auf die Straffanktion wörtliche Übernahme aus PrStGB. § 349[5] und die hierfür vorbildliche PrKabO. v. 23. Juli 1833, ergäben, während anderenfalls die allg. Bestimmungen über Diebst. (Unterschlgg.) platzgreifen müßten. Dagegen will v. Liszt S. 440 den § 242 u. nicht § 291 anwenden, sobald der Gewahrsam völlig erhalten bleibe. Die überwiegende Meinung endlich erachtet den Tatbestand des Diebst. (bzw. der Unterschlgg.) durch den als eine Sonderbestimmung sich darstellenden § 291 für ausgeschlossen; so insbs.: Binding Lb. 1 311 u. Normen 1 214 N. 10, 2 485, Hälschner 2 311, Merkel S. 319 f. u. HH. 3 838, H. Meyer S. 574, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2, Dickel Diebst. S. 39, Dörr Objekt d. Vermögensdelikte S. 158.

4) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) oder Geldstrafe von 3—900 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist SchöffenG.; GVG. § 27[34] (F. v. 5. Juni 05).

§. 292.

Wer an Orten, an denen zu jagen er nicht berechtigt ist, die Jagd ausübt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft.

Ist der Thäter ein Angehöriger des Jagdberechtigten, so tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

PrStGB. § 274. Entw. I § 273, II § 288. Aktenst. Nr. 119 5. StB. S. 727 f. Entw. d. StGN. Art. I § 292. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 157 I, 235 II. StB. 1875/76 S. 825—828, 1349.

Vgl. MStGO. §§ 16[3], 63[1].

Zu §§ 292—296 a, 370[4]. N. 1.

1) Die §§ 292—296 a, 370[4] betreffen Verletzungen fremder Okkupationsrechte (vgl. jedoch Ziebarth Forstr. S. 387, der dies für zu eng erachtet) und zwar: die §§ 292 bis 295 durch unberechtigte Ausübung der Jagd, die §§ 370[4], 296, 296 a durch unberechtigte bzw. unbefugte Ausübung der Fischerei; so insbs. RG. III 10. Dez. 85 E. 13 195 btr. der einf. Fischereiverletzung aus § 370[4].

Positive Voraussetzung dieser Delikte ist sonach deren Begehung in Gebieten, in

denen überhaupt ausschließliche Okkupationsrechte bestehen, was z. B. im offenen Meere nicht der Fall ist.

Negative Voraussetzung ist dagegen das Nichtbestehen von Eigentumsrechten an dem Wilde bzw. an den Fischen. Befinden solche Tiere sich im Eigentum jemandes, wie z. B. Wild in umschlossenen Gehegen oder Fische in Fischteichen, so sind sie Gegenstand der Unterschlgg., bzw., wenn sie zugleich im Gewahrsam eines anderen sich befinden, des Diebst. (§§ 242 N. 5b, c, 246 N. 3). Über die Frage, ob §§ 242 bzw. 246 o. §§ 292 ff. Anwendung finden, wenn das Wild aus einer von einem Dritten gelegten Schlinge genommen wird, vgl. N. 7b.

Zu §§ 292—295. N. 2—13.

2) In den §§ 292—295 ist die Materie der strafb. Verletzung fremden Jagdrechtes geregelt; dagegen sind Vorschriften über strafb. Verletzungen der Jagdpolizeigesetze nach EG. § 2, in Kraft geblieben. So die GM., insbs. RG. I 7. Dez. 82, III 4. Feb. 89, E. 7 311, 19 49. Es sind demnach aufgehoben:

a. die landesgesetzl. Strafvorschriften über unbefugte Aneignung von Fallwild; so zit. RG. E. 19 49; aM. Dalcke Jagdr. S. 209 (weil der Begriff des Jagens nur auf lebendes Wild anwendbar u. deshalb die Materie der Aneignung von Fallwild nicht für geregelt zu erachten sei; s. u. N. 7b);

b. die gegen die Aneignung des in eine Schlinge geratenen Wildes sich richtenden landesgesetzl. Strafvorschriften; Berlin 13. Okt. 75 O. 16 653;

c. das FranzJagdG. v. 3. Mai 1844 Art. 18, wonach der unberechtigt Jagende des Rechts, einen Jagdschein zu erhalten, für verlustig erklärt werden konnte; ROHG. 13. Sept. 78 E. 24 118;

d. das GroßhHessJagdstrafG. v. 19. Juli 1858 Art. 22, wonach bei nicht ausführbarer Einziehung des Jagdgewehrs Wertersatz einzutreten hatte; zit. RG. E. 7 311.

3) Das, auch jetzt noch gemäß EGBGB. Art. 69 landesgesetzlich geregelte, Jagdrecht besteht in dem bestimmten Personen ausschließlich eingeräumten Aneignungsrechte in bezug auf jagdbare Tiere innerhalb eines örtlich begrenzten Gebietes. So die GM., insbs. RG. III 1. Okt. 81, 10. Juni 82, E. 5 85, 6 375. Dagegen faßt weitergehend Ziebarth Forstr. S. 387 das Jagdr. nicht als bloßes Aneignungs-, sondern als ein „ausschließliches Recht an dem Wildstande als solchem“ auf.

4) „Jagen“ o. „Jagdausübung“ ist die Vornahme der dem Jagdberechtigten in bezug auf die Aneignung des Wildes zustehenden Jagdbefugnisse; RG. I 13. Jan 81 E. 3 226; weiter geht jedoch Ziebarth Forstr. S. 387, der „jeden schädigenden Eingriff in das Jagdrecht“ als „jagen“ bezeichnet, während Dalcke Jagdr. S. 196, 206 den Begriff nach rechtsgeschichtl. Entwickelung und dem gem. Sprachgebrauche enger faßt, nämlich als das Treffen bestimmter Anstalten seitens des Täters, die auf das Aufsuchen bzw. Verfolgen u. Erlegen des Wildes gerichtet sind; abweichend auch Frank N. II 2, insofern er eine auf Zueignung gerichtete Tätigkeit erfordert, die eine Gefährdung des Wildes o. Wildstandes enthalte. Darüber herrscht Übereinstimmung, daß das „Jagen“, im Gegensatz von „Erjagen“, nicht erfordert, daß die Hdlg. zum Ziele geführt habe, m. a. W., daß der Mangel des Erfolges die Hdlg. nicht zum Versuch (N. 12) herabdrückt. Nach dem oben an die Spitze gestellten Grundsatze genügt (was Dalcke aO. S. 217 bestreitet) schon lediglich die Besitznahme selbst, wie z. B. beim Fallwilde (N. 7b), während im übrigen erforderlich, aber auch genügend ist jede auf die Aneignung selbst gerichtete (diese nicht erst vorbereitende; N. 12) Hdlg., also namentl. das Durchstreifen des Jagdreviers mit schußfertigem o. jederzeit schußfertig zu machendem Gewehre, das selbst noch nicht beendigte Legen von Schlingen; gleichgültig ist, ob die Jagd waidmännisch mit Schießgewehr u. Hunden, bzw. als sog. Parforcejagd (RG. IV 20. Nov. 94 E. 26 216), oder in anderer Weise ausgeübt wird. Dies ist auch der Standpunkt der GM., insbs. von RG. III 10. Juni 82, 15. Juni, 19. Nov. 85, I 9. Okt. 84, 24. Okt 89, E. 6 375, 11 421, 13 84, 11 249, 20 4, II 17. März 85, IV 29. Jan. 86, 2. Juni 91, R. 7 184, 8 102, E. 22 115.

Das bloße Aufscheuchen des Wildes, z. B. aus Neugierde, fällt hiernach nicht unter

den Begriff des Jagens; aM. nach seiner weiten Auffassung des Begriffes Ziebarth aO. S. 387, falls es Schaden anrichte. Anders jedoch, wenn es in der Absicht geschieht, dadurch unmittelbar eine Aneignung herbeizuführen, während die Absicht der bloß günstigeren Gestaltung einer in Zukunft vorzunehmenden Aneignung noch kein Jagen enthält (N. 8 1); so einerseits RG. III 25. Apr. 88 R. **10** 331, dem ein Aufscheuchen zugunsten bereits in der Flur Jagender zugrunde liegt, andererseits I 19. Sept. 01 G. **48** 366, es sei keine Jagdausübung, wenn das Wild lediglich, um bei einer künftigen Jagd bessere Ausbeute zu sichern, auf das Nachbargebiet getrieben werde.

Ob die beabsichtigte Aneignung eine dauernde oder nur eine zeitweilige sein soll, ist unerheblich; deshalb steht an sich die Absicht, das erjagte Wild sofort wieder in Freiheit zu setzen, dem Begriffe der Jagdausübung nicht entgegen; RG. II 26. Sept. 82 R. **4** 713, zit. E. **26** 216.

5) Den Gegenstand des Jagdrechtes (N. 3) bilden die jagdbaren Tiere, das sog. Jagdwild, und zwar einerseits das „Haarwild" (Vierfüßler), andererseits das „Federwild" (Vögel; § 368[11]). Welche wilden Tiere jagdbar seien, bestimmt sich nach dem Landesrecht, das nicht selten Gewohnheitsrecht ist; so die GM., insbs. RG. III 1. Okt. 81, 22. Feb., 11. Juni, 5. Nov. 83, II 4. Nov. 84, I 24. Juni 89, E. **5** 85, **8** 71, 378, **9** 299, **11** 192, **19** 349. Im allgemeinen läßt sich die auch im PrALR. II 16 § 32 anerkannte Regel aufstellen, daß Vierfüßler u. Vögel, die nicht zur Speise benutzt zu werden pflegen, zum Jagdwild nicht gehören; RG. II 26. Sept. 82 R. **4** 713, zit. E. 8 71; unter Berufung auf das zit. RG. E. **19** 349 (das aber nur von bayer. Rechtsgebieten spricht; s. u. Ib) behauptet I 15. Juni 96 E. **29** 8 weitergehend eine allgemeine D. Rechtsentwickelung dahin, daß alle nutzbaren wilden Säugetiere und Vögel Jagdwild seien. Übrigens bildet das Jagdwild, dessen Begriff dadurch u. insoweit nicht aufgehoben wird, als für eine bestimmte Gattung desselben — z. B. weibliches Rehwild — eine ständige Schonzeit (§ 293 N. 4a) eingeführt ist (zit. RG. E. **29** 8), den Gegensatz einerseits zu den Tieren, die Gegenstand des freien Fanges sind, andererseits zu denjenigen, die Gegenstand eines Fischereirechts sind; nach Landesrecht (vgl. z. B. § 45 des PrFischereiG. i. d. F. v. 30. März 1880) kann einem Fischereiberechtigten gestattet sein, ein jagdbares Tier, das also im übrigen dem freien Fange nicht unterliegt, zu töten o. zu fangen u. für sich zu behalten, wenn auch vielleicht unter Ausschluß bestimmter Aneignungsmittel (s. u. aE.). In der Praxis ist die Eigenschaft eines jagdb. Tieres z. B.

I. bejaht u. zwar a. Preußen btr.:

α. im Geltungsbereiche des WildschonG. btr. aller Tiere, für die es eine Schonzeit feststellt, insbs. also auch beim Dachs; so unter Anschluß der GM. (vgl. jedoch Rotering G. **32** 350) zit. RG. E. 8 71 btr. das G. v. 26. Feb. 1870; gleiches muß für das jetzt im ganzen Umfange der Monarchie mit Ausschluß der Hohenzollernschen Lande geltende G. v. 14. Juli 1904 Platz greifen;

β. im Gebiete des ALR., im Mangel besonderer provinzialrechtl. Bestimmungen: bei Fasanen nach der Regel des o. zit. § 32 II 16; RG. II 20. Juni 84 R. **6** 451;

γ. nach Provinzialrechten: beim Fuchs in der Provinz Schleswig-Holstein; RG. IV 27. Okt. 96 E. **29** 125; für das Geltungsgebiet der Holz-, Mast- u. JagdO. f. d. Herzogt. Magdeburg u. Fürstent. Halberstadt v. 3. Okt. 1743; RG. III 25. Feb. 97 G. **45** 46; bei Krammetsvögeln in dem ehem. Herzogt. Bremen u. Verden; RG. III 12. Juli 00 E. **33** 359; ferner im ehem. Königr. Hannover; Berlin KG. 22. Apr. 97 Jahrb. **18** 287; bei Lerchen, Wachteln u. Drosseln im ehem. Herzogt. Nassau; Berlin KG. 31. Mai 88 Jahrb. **8** 812; bei Mardern u. Iltissen im ehem. Kurfürstent. Hessen; RG. III 5. Dez. 04 G. **52** 89; beim wilden Schwan in der Mark Brandenburg; RG. II 13. Feb. 91 E. **21** 341;

b. Bayern btr. u. zwar nicht nur für das Gebiet des BayerLR., sondern auch außerhalb desselben, namentl. im Gebiete des GR. (ob auch in dem des PrALR., erhellt nicht klar) bei allen nutzbaren wilden Säugetieren u. Vögeln, insbs. beim Fuchs; zit. RG. E. **19** 349; für das Gebiet des PrALR. gemäß § 172 I 9 beim Fischotter; RG. I 16. Okt. 93 E. **24** 338;

c. Anhalt btr. beim wilden Kaninchen; RG. III 25. Okt. 00 E. 33 416;

d. Waldeck btr. beim Fuchs; Berlin 8. Juli 74 O. 15 479;

II. verneint u. zwar: beim Fischotter für Ostpreußen; RG. II 9. Mai 99 E. 32 161; beim Fuchs für das Gebiet der Preußischen, ehem. sächs. Landesteile, insbs. der Nieder-Lausitz; zit. RG. E. 11 192; beim schwarzen Wasserhuhn für die Mark Brandenburg; Berlin KG. 2. Feb. 03 Jahrb. 25 C 82.

Die früher für die einzelnen Teile Preußens verschieden beantwortete Frage nach der Jagdbarkeit des wilden Kaninchens (vgl. die zitt. RG. E. 5 85, 8 378) ist für die ganze Monarchie, jedoch ausschließlich Hannovers u. des ehem. Kurhessen, durch § 15 des PrWildschadenG. v. 11. Juli 1891 dahin entschieden, daß es dem freien Tierfange unterliege, somit nicht ein jagdbares Tier ist; verboten ist nur als Aneignungsmittel das Schlingenstellen, das aber nicht aus § 292, direkt auch nicht aus § 368[10], sondern nur ev. auf Grund von PolV. strafbar ist; RG. III 19. Okt. 93 E. 24 326, Berlin KG. 23. Jan. 93 Jahrb. 13 351 (s. auch o. Abs. 1 aE.). Wg. der Jagdbarkeit der wilden Kaninchen im Gebiete des ehem. Fürstentums Hildesheim vgl. RG. III 18. Feb. 04 G. 51 191.

6) Gehört ein Tier zum Jagdwild, so ist es Gegenstand des Jagdrechtes, ohne Rücksicht darauf, ob es im Einzelfall für den Menschen nutzbar ist oder nicht; RG. II 26. Sept. 82 R. 4 713. Daraus folgt namentlich, daß auch die Jungen vom Jagdwild Gegenstand des Jagdrechtes sind u. deren Aneignung eine strafb. Jagdrechtsverletzung ist; so die GM.; aM. Dalcke Jagdr. S. 207 auf Grund des von ihm aufgestellten Begriffs des Jagens (o. N. 4) btr. derj. Jungen, die noch so hilflos sind, daß sie sich nicht fortbewegen können; vgl. auch Rotering G. 32 355.

Das „Ausnehmen der Jungen von jagdbarem Federwild" fällt jedoch nicht unter die §§ 292 ff., sondern unter die mildere Strafandrohung des § 368[11].

7) Was die Frage betrifft, ob nur das lebende Tier Gegenstand des Jagdrechtes sei (so Dalcke Jagdr. S. 208), so ist zu unterscheiden:

a) Von dem nach dem Gesetze der Natur abgesonderten und zu selbständigen Sachen gewordenen Teilen des Jagdwildes scheiden zunächst die Eier schon deshalb als Objekte der aus den §§ 292 ff. strafb. Hdlgen aus, weil das unbefugte Ausnehmen der Eier von jagdb. Federwild unter § 368[11] fällt. Ob aber die abgeworfenen Wildstangen Gegenstand des Jagdrechtes sind, bestimmt sich nach dem Landesrechte; ohne besondere gesetzliche Bestimmungen können sie jedoch ihrer selbständigen Natur nach als dem Jagdrechte unterworfen nicht gelten; RG. III 19. Nov. 85 E. 13 84, Binding Lb. 1 327, v. Liszt S. 454, Merkel HH. 4 461, Meves N. 6; nach Dalcke aO. 206 überhaupt nicht. Im Gebiete des PrALR. besteht, soweit ältere Provinzialrechte, wie z. B. die Pommersche ForstO. v. 24. Dez. 1777 (RG. IV 15. Okt. 97 G. 45 437) u. die Kur- u. Neumärkische Holz-, Mast- u. JagdO. v. 20. Mai 1720 (Berlin KG. 23. Dez. 97 Jahrb. 18 282) nicht etwas anderes bestimmen (vgl. Wagner Jagdgstzgbg. S. 135), ein ausschließliches Aneignungsrecht des Jagdberechtigten nicht (so auch die § 246 N. 5 zitt. Berlin St. 5 84, 362), wohl aber im Herzogtum Braunschweig (RG. IV 3. Juli 94 G. 42 260).

b) Das sog. Fallwild (N. 8_2), insbs. das infolge natürlichen Todes eingegangene (sog. Fallwild i. e. S.), ist jedoch Gegenstand des Jagdrechtes; so die GM., insbs.: RG. I 13. Jan. 81, 22. Nov. 88, 14. Feb. 87, E. 3 226, 18 226, R. 9 127, III 19. Okt. 85, 4. Feb. 89, E. 13 84, 19 49, II 26. Sept. 82, 16. Feb. 83, R. 4 713, 5 126. Deshalb ist auch die Wegnahme von Wild, das in einer seitens eines Unberechtigten aufgestellten Schlinge sich gefangen hat u. daselbst verendet ist, Jagdvergehen und nicht Unterschlgg. o. gar Diebst., letzteres schon deshalb nicht, weil das Wild dadurch, daß es in die Schlinge gerät, noch nicht in den Besitz o. Gewahrsam des Schlingenstellers gelangt; RG. I 25. Apr. 92 E. 23 89 (daß der Wilderer durch sein Handeln auch nicht als Vertreter des Jagdberechtigten für diesen Eigentumsrechte habe begründen können, was die zit. Entsch. nach „deutschem Recht" annimmt, wird nach BGB. ebenso zu entscheiden sein), anders dagegen, wenn es um Wild sich handelt, das in einer vom Jagdberechtigten hergestellten Fang-

vorrichtung sich gefangen hat; dessen rechtswidrige Aneignung ist Diebst.; so das § 242 N. 5 c α zit. RG. G. 45 440. Fallwild kann als Gegenstand des Jagdrechtes aber dann nicht mehr angesehen werden, wenn, namentl. durch Verwesung, eine den Begriff eines jagdb. Tieres überhaupt aufhebende Zerstörung eingetreten ist; so RG. zitt. R. 4 713, 5 126, I 14. März 95 G. 43 48. Wegen der Frage, wer zur Aneignung des Fallwildes für berechtigt zu erachten sei, vgl. N. 8₂.

8) Das ausschließliche Recht zur Aneignung jagdb. Tiere ist an ein räumlich abgegrenztes Gebiet gebunden. Demgemäß ist maßgebend der Standort des Wildes zur Zeit der Aneignungshdlg., nicht derjenige des Jagenden; so die GM. Der § 292 macht auch, wie RG. I 22. Nov. 88 E. 18 266 zutreffend bemerkt, namentl. keine Ausnahme für die sog. Jagdfolge; deshalb ist mit Recht die Verfolgung angeschossenen Wildes auf fremdes Jagdgebiet (Berlin OAG. 27. Sept. 71, OTr. 14. Juni 78, St. 1 102, 8 274) sowie die Aneignung des von Hunden im eigenen Gebiet des Jagenden aufgejagten, auf fremdes Gebiet verfolgten u. dort festgehaltenen Wildes (München 7. Mai 77 St. 7 353) für ein strafb. Jagdvergehen erachtet. Fraglich erscheint jedoch, wie auch das zit. RG. E. 18 266 anerkennt, gegenüber der Allgemeinheit der Bestimmung des StGB. (N. 9), ob nicht eine landesgesetzliche Vorschrift, wonach die Jagdfolge auf fremdes Gebiet gestattet ist, dem § 292 gegenüber noch Geltung beanspruche; diese Frage dürfte zu bejahen sein; aM. Binding Lb. 1 325, auch v. Liszt S. 454 N. 2, es könne der Zeitpunkt der erfolgten Aneignung landesrechtl. bestimmt, nicht aber die Jagdfolge an sich gestattet werden. Verneint hat jedoch das zit. RG. E. 18 266, daß der für das Gebiet des französischen Zivilrechts (obschon nicht unbestritten) angenommene Satz, wonach gejagtes Wild bereits mit der tödlichen Verletzung als erworben erscheine, ohne weiteres für die Berechtigung der Jagdfolge zwecks Ergreifung tödlich verwundeten Wildes auf fremdem Jagdgebiet entscheidend sei; für Elsaß-Lothringen ist freilich diese Folgerung von RG. I 7. Jan. 84 E. 9 412 in Auslegung der dortigen Jagdpolizeigesetzgebung als tatsächlich zur Geltung gekommen anerkannt. Man wird diesen Entscheidungen von dem Gesichtspunkte aus zustimmen können, daß eine — wenn auch nach der zivilrechtlichen Vollendung der Aneignung — auf ein fremdes Jagdgebiet hinüber tatsächlich sich fortsetzende Aneignungshdlg. ohne gesetzliche Gestattung nicht erlaubt und als unberechtigte Jagdausübung strafbar ist.

Die eben entwickelten Grundsätze müssen auch auf Fallwild (N. 7 b) Anwendung finden, namentl. an sich auf solches Wild, das durch einen Schuß verendet war, den der es auf fremdem Jagdgebiete Aufhebende vom eigenen Jagdgrunde aus abgegeben hatte; zit. RG. E. 18 266. Demgemäß ist auch hier entscheidend die örtliche Lage des Fallwildes zur Zeit der Aneignungshandlung. Daraus folgt, daß, wenn es durch Zufall, sei es Naturkraft, sei es nicht veranlaßtes Verschleppen durch Hunde, in ein anderes Revier verbracht wird, es dem Aneignungsrecht des dort Jagdberechtigten unterliegt; so Ziebarth Forstr. S. 294; aM.: v. Schwarze N. 3, Rotering G. 32 348, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 184, die zum Teil annehmen, daß solches Fallwild jeder sich aneignen könne. Anders natürlich, wenn die Aneignung solchen Fallwildes bereits vollendet war und dann erst eine zufällige Überführung auf fremdes Jagdgebiet stattfindet.

Mit Rücksicht auf den maßgebenden Standort des Wildes z. Z. der Aneignungshdlg. ist in der Praxis als Verletzung fremden Jagdrechtes:

I. erachtet (abgesehen von der Jagdfolge): die Abgabe eines Schusses vom eigenen Revier aus auf das im fremden Jagdgebiet befindliche Wild (München 25. Apr. 78 St. 8 275); das schußbereite Aufstellen an der Grenze, um das von selbst sich nähernde o. herangetriebene Wild vom eigenen Gebiete aus mit Schüssen zu empfangen (RG. I 16. Juni 81 E. 4 261), für den Fall des — durch Menschen o. Hunde erfolgenden — Zutreibens des Wildes aus fremdem Gebiet wegen der Einheitlichkeit der Hdlg. selbst dann, wenn das Wild erst nach dem Übertreten auf eigenes Gebiet erlegt werden sollte; RG. II 1. Juni 86 R. 8 420, I 28. Nov. 89 E. 20 98;

II. unter der Voraussetzung, daß der Jagende nichts unternimmt, um den Übertritt des Wildes auf das eigene Revier herbeizuführen (RG. II 12. Okt. 88 R. 10 565), nicht

erachtet: das Anschleichen des auf eigenem Gebiete befindlichen Wildes durch fremdes Gebiet bzw. sein Erlegen von fremdem Gebiete aus (vgl. jedoch § 368[10]); RG. III 10. Juni 82 E. 6 375, Berlin OAG. 17. Jan. 72, OTr. 7. Okt. 75, München 28. Apr. 73, St. 1 205, 6 27, 2 298.

9) An welchen „Orten" jemand „zu jagen berechtigt" bzw. „nicht berechtigt" ist, entscheidet sich nach den Landesgesetzen. Nach den Motiven sollen die Bestimmungen sowohl den Fall treffen, in dem „der Jagdberechtigte die Jagd über sein Jagdrevier hinaus ausübt" (N. 8), als auch den Fall, in dem „jemand, ohne überhaupt zur Ausübung der Jagd befugt zu sein, die Jagd betreibt, selbst wenn er Eigentümer des Grundstücks ist, auf welchem er das Vergehen verübt". Aber auch der Fall wird, trotz des in den Gesetzesworten liegenden Hinweises auf das Erfordernis des Eingriffs in das Jagdr. auf einem bestimmten Gebiet, getroffen werden, wenn jemand, der nur die Erlaubnis zum Jagen auf bestimmtes Wild erhalten hat, auf anderes Wild jagt; denn in dem btr. Jagdgebiet war ihm eine Jagdausübung nicht unbedingt, sd. nur beschränkt gestattet; Oppenh.-O. N. 5a (s. u. Abs. 2).

Mit der hier in Rede stehenden „Berechtigung" ist das materielle Jagdrecht als solches gemeint, nicht die durch jagdpolizeiliche Bestimmungen geregelte Befugnis zu seiner Ausübung. Der an einem Grundstücke materiell Jagdberechtigte kann eines aus den §§ 292 ff. strafb. Jagdvergehens sich nicht schuldig machen, da es bei diesem stets um den Eingriff in ein fremdes Aneignungsrecht sich handeln muß (N. 1, 2); Merkel HH. 3 840. Aus diesem Grunde kann auf einem Gebiet, in dem überhaupt eine ausschließliche Jagdberechtigung nicht besteht, wie z. B. am Meeresstrande zu Schleswig, ein Jagdvergehen aus den §§ 292 ff. nicht verübt werden; Berlin OAG. 14. Sept. 72 St. 2 60. Deshalb fällt ferner die Zuwiderhandlung eines Jagdberechtigten gegen eine die Ausübung seines Rechtes beschränkende gesetzliche Vorschrift nicht unter § 292; so Berlin OAG. 1. Nov. 71 St. 1 103; aM. Berlin OTr. 24. Jan. 72 O. 13 71 btr. der Jagdausübung auf eigenem Grundstück, das vom Landrat als ein „eingefriedetes" nach § 2b des PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 nicht erachtet war (GeneralStA. entgegen), Meves N. 8, Oppenh.-O. N. 4; vgl. auch Ziebarth Forstr. S. 388. Deshalb ist endlich nicht aus § 292 strafbar, wer mit Genehmigung des Eigentümers eines „ausgeschiedenen" Grundstücks, auf dem die Jagd (nach dem zit. PrJagdpolizeiG. § 6) zu ruhen hat, die Jagd ausübt; RG. II 26. Juni 83 E. 8 402, Berlin KG. 8. Nov. 88 Jahrb. 9 261. Es handelt sich immer nur darum, objektiv festzustellen, ob demjenigen, der an einem best. Orte gejagt hat, überhaupt ein Recht zustand, an diesem Orte zu jagen. Das Recht selbst, von dessen objektivem Vorhandensein die Befugnis abhängt, kann an Einschränkungen (s. o. Abs. 1) und Bedingungen geknüpft sein, sei es zeitlicher, sei es anderer Natur, so z. B. an die Bedingung, die Jagd ausschließlich als Stellvertreter des Jagdberechtigten auszuüben; so RG. I 19. Jan. 84 E. 9 431 (gegen das im übrigen Dalcke Jagdr. S. 199 N. 6 ein nicht unberechtigtes Bedenken erhebt); aM. Binding Lb. 1 325. Wohl aber verletzt ein fremdes Jagdrecht, wer unbefugt auf einem fremden Grundstücke jagt, wenn auch auf ihm die Jagd zu ruhen hat.

In der Praxis wurde die Jagdberechtigung beispielsweise:

I. nach BayerR., insbs. dem in Bayern r. d. Rh. geltenden G. v. 30. März 1850 a. bejaht btr. des Grundeigentümers in seinem Hausgarten, auch wenn er nicht unmittelbar an seiner Behausung liegt; RG. I 8. Dez. 81 E. 5 230; b. verneint btr. des Mitpächters einer Jagd bezüglich des einem andern Mitpächter durch Privatteilungsvertrag zugewiesenen Gebietes; RG. I 1. Mai 93 E. 24 122 (s. III);

II. nach dem PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 verneint:

a. btr. des Eigentümers bzw. des von diesem (bei Miteigentum von sämtlichen Miteigentümern; N. 14_2) mit Jagderlaubnis Versehenen an einem zum sog. „gemeinschaftl. Jagdgebiete" gehörigen Grundstücke, gleichgültig, ob hier die Jagd nach Gemeindebeschluß zu ruhen hatte oder nicht; RG. II 10. Mai 81, I 14. Mai 88, E. 4 158, 17 363 (in letzterem Falle war die Anerkennung, daß das btr. Grundstück ein „dauernd u. vollständig einge-

friedigtes" sei, seitens des zuständigen Landrats noch nicht ausgesprochen u. deshalb die Ausscheidung aus dem gemeinschaftl. Jagdgebiete noch nicht erfolgt);

b. btr. des in einem Privatjagdrevier Berechtigten hinsichtlich der es durchschneidenden Schienenwege einer Kgl. Eisenbahn; Berlin 23. Nov. 77 O. 18 737.

Btr. des PrJagdpolizeiG. vgl. aus der Praxis des RG. ferner: IV 2. Juni 91 E. 22 115 wg. seines Einflusses, insbs. des § 2b, auf die Vorschrift des § 149 PrALR. I 9; II 8. Jan. 04 E. 37 48, das im Anschluß an II JG. 4. Juli 02 EJG. 52 126 auf Grund der §§ 4, 9, 10 des G. i. V. mit PrLandgemeindeO. v. 3. Juli 91 §§ 2, 3 angenommen hat, daß, falls durch die zuständige Behörde ein Teil des Pachtgebiets von dem Jagdbezirk der verpachtenden Gemeinde losgelöst und einer anderen Gemeinde zugeschlagen werde, dieser Gebietsteil kraft Gesetzes aufhöre, demj. gemeinschaftl. Jagdgebiet anzugehören, der von der den Pachtvertrag abschließenden Gemeindebehörde vertreten wurde;

III. bejaht nach GroßhHessG. v. 26. Juli 1848 btr. des Mitpächters einer Gemeindejagd auch hinsichtlich des Gebietes, das einem anderen Mitpächter durch Privatvertrag zur ausschließlichen Jagdausübung überwiesen war; RG. I 10. Dez. 91 E. 22 250 (vgl. Ib).

10) Die Verletzung des fremden Jagdrechtes muß eine vorsätzliche sein (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4); so die GM. mit Ausnahme von Merkel HH. 4 461 f., der (entgegen HH. 3 840 f.) in Frage stellt, ob die §§ 292 ff. lediglich dolose Verletzungen bedrohen wollten.

11) Der Dolus besteht in dem bewußten Willen, durch eine auf Aneignung des innerhalb fremden Jagdgebietes befindlichen Wildes gerichtete Hdlg. in ein fremdes Jagdrecht einzugreifen; so wesentlich die GM., insbs. RG. III 10. Juni 82 E. 6 375. Die Willensbetätigung muß deshalb dahin gehen, nicht erst künftig (wie im Falle des § 368[10]), sondern schon mit der fragl. Hdlg. die Jagd auszuüben; RG. I 24. Mai 86 R. 8 378.

Im einzelnen ergibt sich hieraus zunächst das Erfordernis des Bewußtseins, im fremden Jagdgebiet zu jagen, ferner das des Bewußtseins der fehlenden Berechtigung (Berlin 14. Nov. 77 O. 18 709), endlich des Bewußtseins, daß ein jagdbares Tier gejagt werde RG. III 3. März 84 E. 10 234); in allen Punkten genügt Eventualdolus; so btr. der fehlenden Berechtigung München OLG. 24. Mai 98 E. 10 54 u. btr. der Jagdbarkeit des Tiers zit. RG. Ob der Täter auf Grund tatsächlichen oder rechtlichen Irrtums des erforderlichen Bewußtseins entbehrt, ist gleichgültig; sein Nichtvorhandensein begründet an sich den Ausschluß der §§ 292 ff.; so die GM. u. namentl die zitt. RG. u. Berlin, während Berlin 8. Juli 74 O. 15 479 u. Meves N. 10 diesen Gesichtspunkt bei der rechtsirrtümlichen Annahme, ein Tier gehöre nicht zu den jagdbaren, verkennen.

Auf die Absicht und den Zweck der Jagdausübung kommt nichts an. Deshalb ist namentl. auch der Vorsatz, das erjagte Wild sich anzueignen bzw. den erlangten Besitz für sich auszuüben, nicht erforderlich; RG. I 16. Juni 81 E. 4 261, Hälschner 2 341, Rotering G. 32 354, Dalcke Jagdr. S. 209, 214. Mit Recht konnte deshalb (auf Grund des früheren Zivilrechts) unberechtigtes Jagen in Fällen angenommen werden, wo jemand auf eigenem Grund und Boden, auf dem er jedoch zu jagen nicht berechtigt war, Gift legte oder Schlingen aufstellte, um durch Verringerung des Wildstandes Wildschaden abzuwenden; RG. I 23. Sept. 86, IV 2. Juni 91, E. 14 419, 22 115. Es greifen hier jetzt nach EGBGB. Art. 69 zunächst die landesrechtlichen Vorschriften u. erst aushilfsweise diejenigen des BGB. Platz; so RG. I 7. Okt. 01 JW. 31 306, das in Ermangelung einschlagender Vorschriften des bayer. Jagdrechts den Rechtsschutz des BGB. § 228, unter sinngemäßer Anwendung auf, nicht in fremdem Eigentum stehendes, jagdbares Wild (Marder) bei wiederholten Überfällen gegen den Hühnerhof gewährte; das Urteil gibt keinen Grund zu den Bemängelungen Dickels JForstJagdw. 35 710, der auf demselben rechtl. Standpunkt steht, und ihn zutreffend prinzipiell auch für den Fall der Notwehr vertritt, wenn man diese nicht überhaupt gegenüber Angriffen von Tieren zubilligen will (vgl. § 53 N. 6), wo der Gesichtspunkt des Notstandes (§ 54) bei Angriffen gg. Dritte versagt.

12) Der Versuch ist schon mangels besonderer Strafandrohung (§ 43_2) nicht strafbar, ganz abgesehen davon, daß der Begriff des Jagens den Versuch als solchen in sich schließt (N. 4).

Was aber die Abgrenzung zwischen der vollendeten Tat und den straflosen Ver-

suchs- bzw. richtiger Vorbereitungshdlgen betrifft, so ist, wenn auch der Tatbestand eine bereits auf die Aneignung selbst gerichtete Hdlg. erfordert, dennoch für die Vollendung nicht notwendig, daß die Hdlg. soweit gediehen sei, daß durch sie schon unmittelbar eine Aneignung des Wildes eintritt o. ermöglicht wird; der Verfolgung eines bestimmten Tieres bedarf es nicht; RG. II 17. März 85 R. 7 84 (insbs. Vollendung bei Durchstreifen des Forstes mit schußfertigem Gewehr bzw. auf Anstand Stehen). Deshalb hat RG. I 9. Okt. 84 E. 11 249 auch die noch nicht beendigte Aufstellung einer Schlinge behufs Einfangen des Wildes als vollendetes qualif. Jagdvergehen aus § 293 angesehen, ja I 24. Mai 86 R. 8 378 hat es bereits darin gefunden, daß der Jagdfrevler mit zubereiteten Schlingen ausgerüstet die zur Legung derselben geeigneten Stellen im fremden Jagdgebiete aufsucht (vgl. hiergegen jedoch Binding Lb. 1 329 N. 5 u. Dalcke Jagdr. S. 212 N. 4). Dem entspricht es vollständig, auch darin schon, daß jemand im fremden Jagdrevier, um Fallwild (N. 7b), das er daselbst hat liegen sehen, fortzuschaffen, mit Stricken versehen den btr. Ort aufsucht, eine Jagdausübung zu sehen; aM. jedoch: Binding aO., v. Schwarze N. 8, Rotering G. 32 355, Dalcke aO. S. 204. Dagegen wurde es als wesentlich auf tatsächl. Feststllg. beruhend nicht für rechtsirrtümlich angesehen, wenn in dem Laden eines Vorderladers eine bloße Vorbereitungshdlg. erblickt wurde; RG. III 15. Jan. 85 E. 11 421; vgl. jedoch andererseits I 24. Okt. 89 E. 20 4; siehe auch N. 4_1.

13a) Was die Unterscheidung der Mittäterschaft (§ 47; vgl. auch § 293 N. 4d) von der Beihilfe (§ 49) anbetrifft, so ist von Bedeutung, daß die Täterschaft eine eigennützige Absicht nicht verlangt (N. 11_3). Übrigens ist die GM. (abweichend jedoch Frank N. VII) darin einverstanden, daß die sog. Treiber nur als Gehilfen anzusehen seien, da deren Hdlgen lediglich dazu dienen, anderen — den Jagenden — die Aneignung zu erleichtern, nicht aber selbst auf Aneignung abzielen; dagegen nahm Berlin KG. 18. Okt. 88 Jahrb. 9 265 Mittäterschaft bei jemandem an, der bei einer Treibjagd mit ungeladenem Gewehr in der Schützenlinie sich aufgestellt hatte u. seinen Nachbarn auf das ankommende Wild aufmerksam machte. Nach vollendeter Aneignung kann Beihilfe nicht mehr stattfinden, wohl aber bis dahin, also z. B. durch Hilfeleistung zum Wegbringen eines auf fremdem Jagdgebiet erlegten u. dort belassenen Wildes; über die Frage, wann die Aneignung als vollendet anzunehmen, vgl. das § 295 N. 3b zit. RG. R. 9 502.

b) Idealkonk. (§ 73) liegt vor, wenn die unbefugte Jagdausübung gleichzeitig unter Zuwiderhdlg. gg. Vorschriften über die Führung von Jagdscheinen (vgl. z. B. PrJagdscheinG. v. 31. Juli 1895 § 12, wodurch § 16 des PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 beseitigt ist; vgl. Dalcke Jagdr. S. 246 N. 2) erfolgt; so: RG. III 23. Nov. 91 E. 22 234, Oppenh.-D. N. 16, Dalcke aO. 239 N. 7; aM. Binding Lb. 1 328.

Zu § 292. N. 14, 15.

14) Das einfache, aus § 292 strafb. Jagdvergehen, auf das die N. 2—13 Anwendung finden, ist ausweislich des Abs. 2 ein Antragsdelikt (§§ 61 ff.), u. zwar ein relatives (§ 61 N. 8), da seine Verfolgung nur dann, wenn der Täter (vgl. jedoch § 61 N. 9) ein „Angehöriger“ (§ 52_2 N. 16 ff.) des „Jagdberechtigten“ ist, auf Antrag zu erfolgen hat, sonst aber von Amts wegen geschehen muß. Mit Recht hat deshalb RG. II 10. Mai 81 E. 4 158 einen Strafantrag in einem Falle für nicht erforderlich erklärt, wo im Gebiete des PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 der Bruder des Eigentümers mit dessen Genehmigung auf einem zu gemeinschaftlichen Jagdbezirken gehörigen Grundstücke jagte, weil das Recht der Sozietät, nicht ein Individualrecht des Bruders verletzt worden war.

Indirekt wird somit der „Jagdberechtigte“, d. h. derjenige, der an dem btr. Orte das Jagdr. auszuüben berechtigt ist (N. 3), — unter Umständen eine juristische Person, wie z. B. der Fiskus (§ 65 N. 17) — als Verletzter und Antragsberechtigter bezeichnet (§ 61 N. 10). Deshalb ist bei Verpachtung der Jagd in einem Revier nicht nur zweifellos der Pächter zur Stellung eines Strafantrages berufen (Berlin 5. Dez. 73 O. 14 780), sondern vielmehr der einzige zum Antrag Berechtigte, unter Ausschluß des Eigentümers; so: Merkel HH. 4 462, Meves N. 19, Oppenh.-D. N. 29, Reber Antragsdel. S. 395, Dalcke Jagdr. S. 211; aM. Ressel Antragsber. S. 26. Bei mehreren Jagdberechtigten ist jeder antragsberechtigt.

Dies gilt auch dann, wenn, wie nach § 17 PrJagdpolizeiG. v. 7. März 1850 anzunehmen (vgl. Berlin KG. 26. Apr. 88 Jahrb. 8 213), nur sämtliche Berechtigte zusammen (N. 9 IIa) einem Dritten die Erlaubnis zur Jagdausübung erteilen können.

Zurücknahme des Antrages, auf die übrigens § 64 (das. N. 1a) Anwendung findet, ist unbedingt statthaft.

Der im § 247_3 ausgesprochene Grundsatz findet, soweit er das Antragserfordernis im Auge hat, auch im Falle des § 292 Anwendung; vgl. § 263 N. 57_5.

15) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. bis 3 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnisstrafe darf nach § 29_2 nicht mehr als 3 Mt. betragen. Wegen Einziehung vgl. § 295.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 (das. N. 14) in drei Jahren.

Zuständig ist SchöffenG.; GVG. § 27[2].

§. 293.

Die Strafe kann auf Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder auf Gefängniß bis zu sechs Monaten erhöht werden, wenn dem Wilde nicht mit Schießgewehr oder Hunden, sondern mit Schlingen, Netzen, Fallen oder anderen Vorrichtungen nachgestellt oder, wenn das Vergehen während der gesetzlichen Schonzeit, in Wäldern, zur Nachtzeit oder gemeinschaftlich von Mehreren begangen wird.

PrStGB. § 275. Entw. I § 274, II § 289.

Vgl. MStGO. §§ 16[3], 63[1].

1) Das einfache Jagdverg. aus § 292 gestaltet sich zum qualifizierten durch Hinzutritt eines der im § 293 vorgesehenen — fünf — straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, bezüglich deren eine alternative Feststllg. unzulässig ist; Wertheimer Mischgesetze S. 61 f. Die Verweisung des § 293 auf „das Vergehen" (des § 292) setzt außer Zweifel, daß die Straferhöhungsgründe auf alle Fälle des Verg. Anwendung finden müssen, sofern sie nicht entweder im § 293 selbst ausgeschlossen (wie z. B. wenn außerhalb eines Waldes, bei Tage und nur von einer einzelnen Person mit Schießgewehr o. Hunden gejagt wird) oder nach der Natur der Sache und der Art der Verübung des Verg. unanwendbar sind; RG. I 14. Feb. 87 E. 15 268 (deshalb sei § 293 an sich — d. h. abgesehen vom Nachstellen [N. 2_2] u. von der Verletzung der Schonzeit [N. 4a] — auch bei Aneignung von Fallwild [§ 292 N. 7b] anwendbar; so Binding Lb. 1 331 N. 6; aM. Dalcke Jagdr. S. 213).

2) Straferhöhend wirkt zunächst, wenn dem „Wilde" (§ 292 N. 5) in einer besonderen Art „nachgestellt" (N. 4) wird, nämlich „mit anderen Vorrichtungen als mit Schießgewehr oder Hunden". Ausdrücklich verbotene Vorrichtungen sind: „Schlingen, Netze, Fallen"; wegen des Nachstellens mittels „Schlingen" vgl. § 292 N. 12_2; ob das Absuchen von „Fallen" genügt, die von anderen gestellt waren, wenn der Täter gewußt hat, daß sie gesetzt waren und sie alsdann als seine eigenen zu seinem Zwecke benutzt, kann zweifelhaft erscheinen, wird aber mit der neueren Praxis des RG. zu bejahen sein. Im übrigen ist eine der mit erhöhter Strafe bedrohten Arten der Nachstellung gefunden bei Legung vergifteter Köder; RG. I 23. Sept. 86 E. 14 419.

Ausgeschlossen ist dieser straferhöh. Umstand seiner Natur nach bei Fallwild; so das N. 1 zit. RG. E. 15 268.

3) Straferhöhend wirken ferner die Tat begleitende Umstände; daß auch hier eine „Nachstellung" (N. 2) vorliegen müsse, wird nicht verlangt, vielmehr heißt es nur „wenn das Vergehen (sc. das aus § 292) . . . begangen wird", woraus folgt, daß das Vorliegen jener Umstände bei jeder Verletzung fremden Jagdrechtes die Straferhöhung bedingt, so namentl. auch bei der Aneignung von Fallwild infolge zufälligen Findens; so: RG. I 14. Feb. 87 E. 15 268 (N. 1), Oppenh.-D. N. 2a; aM.: München KassH. 13. Sept. 78 E. 8 479 (der Gesetzestext, der bei der ersten Alternative gewisse Arten der Nachstellung mit

erhöhter Strafe bedrohe, lasse dadurch erkennen, daß auch die folgenden Umstände nur für die Fälle gelten sollten, in welchen dem Wilde nachgestellt werde), v. Schwarze N. 2a.

4) Die einzelnen straferhöh. Umst. der zweiten Kategorie (N. 3) sind die „Begehung" der Tat:

a) „während der gesetzlichen Schonzeit". Btr. ihrer entscheiden die Landesgesetze; bezüglich der Wildgattungen, hinsichtlich welcher die Schußzeit gänzlich ausgeschlossen, ist die „Schonzeit" stets vorhanden; RG. I 15. Juni 96 E. 29 8 (btr. des weibl. Rehwildes in Bayern). Unkenntnis der Schonzeit schließt, auch wenn sie auf Rechtsirrtum beruht, nach § 59 (das. N. 2, 15_2) die Straferhöhung aus; so: ROHG. 20. Sept. 72 Entsch. 7 141 (btr. der Unkenntnis über die ausnahmsweise, auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung, stattfindende Richteröffnung oder Schließung der Jagd), Frank N. II 2; aM.: Oppenh.-D. N. 3, Dalcke Jagdr. S. 213, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 189; eine Mittelmeinung vertritt Rüd.-St. N. 13. Dieser straferhöh. Umst. kann seiner Natur nach bei Fallwild (N. 1) nicht Platz greifen, da nach den Wildschongesetzen selbstverständlich nur von der Schonung lebenden Wildes die Rede sein kann; RG. III 16. Sept. 86 R. 8 540, I 14. Feb. 87 (s o. N. 1); im übrigen kann die Anwendung dieses straferhöh. Umst. natürlich nur dann in Frage kommen, wenn feststeht, auf welche Wildarten die Jagd ausgeübt wurde; erhellt nicht, daß die auf Verfolgung gerichtete Hdlg. einem Wilde galt, das z. Z. der Tat mit der Jagd zu verschonen war, so entfällt die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung; doch genügt Feststllg. eines eventuellen Dolus; ob und inwieweit Idealkonk. (§ 73) mit der Zuwiderhdlg. gg. ein partikulares WildschonG. möglich ist, läßt nur an der Hand desselben sich entscheiden.

b) „in Wäldern". Ist auch offensichtlich das gesetzgeberische Motiv das, daß der Jagende „in Wäldern" regelmäßig bessere Deckung findet, als in übersichtlichen Geländen, insbs. in Feldern u. auf Seen, so muß doch auch ein abgeholzter Wald, sofern nur das Terrain weiter forstwirtschaftlich als Wald benutzt werden soll, desgl. eine Schonung mit niedrigem, den Jagenden nicht deckendem Bestande als „Wald" i. S. des § 293 angesehen werden, da das Nichtzutreffen des den Gesetzgeber bestimmenden Grundes im Einzelfalle nicht ausschlaggebend sein kann, sd. der Wortlaut entscheiden muß; so RG. IV 25. März 98 G. 46 203; aM.: Frank N. II 3, Dalcke Jagdr. S. 216, denen nur zuzugeben, daß § 293 außer Anwendung bleibt, wenn mit der Abholzung der Boden forstwirtschaftlich als Waldterrain aufgegeben wird, da die gefällten Bäume als solche keinen Wald mehr bilden (§ 117 N. 2 b α). Im übrigen kommt es nur darauf an, daß das Jagdverg. mindestens zum Teil „im Walde" sich abspielte; es würde unrichtig sein, bezüglich dieses straferhöh. Umst. ausschließlich den Standort des Wildes (§ 292 N. 8) o. den des Jagenden entscheidend sein zu lassen; es handelt sich vielmehr darum, ob der Begehungsort des Jagdverg. (§ 3 N. 2 ff.) wenigstens auch ein Wald gewesen ist; so RG. I 8. Feb. 94 E. 25 120 (nur der Täter befand sich im Walde), IV 16. Sept. 02 G. 49 282 (nur das Wild); aM.: Binding Lb. 1 331, Beling Verbrechen S. 244 u. ZStrW. 18 297, der Täter müsse im Wald sich befinden.

c) „zur Nachtzeit". Wegen der Bedeutung dieses Ausdrucks vgl. § 243 N. 52, womit die GM. (hier auch einschließlich Geyer 2 53 u. v. Liszt S. 455) übereinstimmt, insbs. RG. III 5. Feb. 81, IV 27. Jan. 85, R. 3 12, 7 56; aM.: Meves § 296 N. 13 (Zeit, während der die Bewohner der btr. Gegend der nächtlichen Ruhe zu pflegen gewohnt sind), Oppenh.-D. N. 4 (Zeit zwischen Sonnenuntergang und -aufgang).

d) „gemeinschaftlich von mehreren". Wegen „mehrere" vgl. § 47 N. 1, wegen des Begriffs der „Gemeinschaftlichkeit" das. N. 8; sie kann demnach dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß der gemeinschaftlich mit einem andern Jagende nicht für sich, sondern nur für den letzteren die Aneignung vornehmen wollte; RG. I 16. Juni 81 E. 4 261 (vgl. § 292 N. 11_3). Die gemeinschaftliche Begehung steht im Gegensatz zur bloßen Beihilfe zur Tat eines anderen; RG. II 23. Jan. 03 G. 50 132. Nach Auffassung von RG. II 21. Sept. 86 R. 8 546, I 13. Juni 04 G. 51 400 macht ein für seine Person zur Mitbenutzung der Jagd neben dem Jagdberechtigten (insbs. Pächter), sei es auf. Erlaubnis, sei es zuf. landesrechtl. Vorschrift (z. B. Pfälz. V. v. 21. Sept. 1815 § 5_8) Be-

rechtigter der qualifizierten Jagdausübung sich schuldig, wenn er gemeinschaftlich mit einem Nichtberechtigten jagt; es erscheint diese Ansicht jedoch nicht unbedenklich; vgl. auch Frank N. II 5. Zur Annahme dieses Tatbestandsmerkmales genügt es nicht, wenn die mit dem Täter gemeinschaftlich Jagenden die Jagdausübung irrtümlich für eine berechtigte hielten, somit nur objektiv unberechtigte gemeinschaftl. Jagdausübung vorliegt; RG. III 16. Apr. 88 E. 17 403, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 16, v. Schwarze N. 6.

5) Von einem Strafantrage ist die Verfolgung des qualifizierten Jagdverg. nicht abhängig gemacht; denn der Abs. 2 des § 292 bezieht sich nur auf das einfache Verg. aus Abs. 1 das. und das § 123 N. 21 Bemerkte gilt auch hier und zwar in erhöhtem Maße, da es um verschiedene §§. sich handelt. Der Umstand, daß der Tatbestand des qualifizierten Jagdverg. im § 293 nicht vollständig wiedergegeben, er vielmehr im Anschluß an § 292 derartig aufgestellt ist, daß nur die straferhöh. Umst. hervorgehoben werden, kehrt im StGB. öfter wieder (vgl. z. B. § 243 N. 1) und beeinträchtigt die Selbständigkeit des qualifizierten Verg. sowenig wie der Umstand, daß die Straferhöhung nur eine fakultative ist. So: RG. I 23. Juni 81 E. 4 330, Berlin OAG. u. OTr. konstant, z. B. 13. Sept., 7. Dez. 71, 20. Juni 72, München 29. Apr. 72, 24. Mai 75, Stuttgart 22. Jan., Jena 14. Aug. 73, St. 1 53, 300, 306, 300, 5 152, 2 204, 3 33, Berner S. 620, Binding Hb. 1 608 N. 2 u. Lb. 1 331 (auch weil die Antragsqualität im Zweifel stets zu verneinen sei), v. Liszt S. 455, H. Meyer S. 571, Herzog StRZ. 12 615, Reber Antragsdel. S. 273, Ressel Antragsber. S. 27, Dalcke Jagdr. S. 214, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 191, Ziebarth Forstr. S. 388. AM.: ROHG. 10. Jan. 73 Entsch. 8 367, Dresden 23. Sept. 72, Darmstadt 5. Mai 73, Stuttgart 10. Juni, 4. Nov. 74, St. 2 125, 330, 4 70, 5 151, Geyer 1 207, 2 53, Merkel S. 335, HRl. „Wilddiebst." u. HH. 3 840, Schütze S. 505 N. 11, Schütze Anh. S. 22, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 12, v. Schwarze N. 1 u. G. 21 61, Rissen StRZ. 13 157.

6) Die Strafe ist nach Ermessen des Richters („kann ... erhöht werden") an Stelle der im § 292 angedrohten: wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. – 6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 6 Mt. betragen. Wegen Einziehung vgl. § 295.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73^7, 75^{14}.

§. 294.

Wer unberechtigtes Jagen gewerbsmäßig betreibt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. § 276. Entw. I § 275, II § 290.

1) Die „Gewerbsmäßigkeit" (vgl. § 260 N. 2, insbs. die das. zitt. RG. R. 2 336, 4 280, 9 90 sowie N. 4 ff., insbs. die N. 7a u. e zitt. RG. E. 33 303, G. 41 421 sowie das N. 8 zit. RG. E. 23 230) bildet einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. des Jagdverg. und zwar sowohl des einfachen aus § 292 (vgl. namentl. N. 2—7) als auch des qualifizierten aus § 293. Da aber § 294 nicht unterscheidet, ob das „unberechtigte Jagen" ein einfaches oder qualifiziertes war, so kommt es beim gewerbsm. Jagen nur für die Strafzumessung in Betracht, ob dem Wilde mit Schlingen rc., zur Nachtzeit rc. nachgestellt wurde; RG. III 18. Juni 81 R. 3 415, Rüd.-St. N. 3, Dalcke Jagdr. S. 215, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 192.

2) Ein Strafantrag ist hier keinesfalls erforderlich (§ 293 N. 5); so die GM., insbs. Berlin 20. Juni 72 St. 1 306.

3) Wegen Begünstigung eines gewerbsm. Jagdverg. vgl. das § 257 N. 25 zit. RG. R. 8 650.

4) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstrafe kann erkannt werden: a. nach Satz 2 i. V. mit § 32 VEhR.; b. ZulPolAuf. (§§ 38 ff., vgl. § 38 N. 5).

Wegen Einziehung vgl. § 295.

5) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 295.

Neben der durch das Jagdvergehen verwirkten Strafe ist auf Einziehung des Gewehrs, des Jagdgeräths und der Hunde, welche der Thäter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat, ingleichen der Schlingen, Netze, Fallen und anderen Vorrichtungen zu erkennen, ohne Unterschied, ob sie dem Verurtheilten gehören oder nicht.

PrStGB. § 277. Entw. I § 276, II § 291. Aktenst. Nr. 119 6. StB. S. 728—730.

1) Die im § 295 für alle Fälle der Jagdverg. aus §§ 292—294 (vgl. § 292 N. 1—13, zu N. 9₂ aE. insbs. das von der dort vertretenen Ansicht abweichende RG. I 30. März 05 G. 52 256) vorgeschriebene „Einziehung" zeigt gegenüber der Einziehung, die nach der allg. Vorschrift des § 40 zu erfolgen hat, zwei prinzipielle Abweichungen, von weniger bedeutenden abgesehen (N. 3). Sie bestehen darin, daß im § 295 die Einziehung der btr. Gegenstände vorgeschrieben ist einmal „ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht", dann aber durch die Worte „ist ... zu erkennen" obligatorisch; vgl. dagegen § 40 N. 5, 11. Nach der auch hier zutreffenden Ausführung in N. 1₂ zum § 41 ist der Strafcharakter der Einziehung auf Grund des § 295 zu verneinen; gegen ihn auch v. Liszt S. 251 u. Frank N. 1 2; aM. jedoch, außer Rüd.-St. N. 7 u. Francke G. 20 21, RG. I 7. Dez. 82 E. 7 311 (der Umstand, daß die Einziehung obligatorisch vorgeschrieben sei, lasse den Charakter der Einziehung als Strafe noch deutlicher hervortreten, als dies im § 40 der Fall sei, während andererseits die Vorschrift, daß auch Unschuldige von ihr sollen betroffen werden können, die Strafnatur weniger ersichtlich mache; immerhin liege jedoch im § 295 ein Anhaltspunkt dafür nicht vor, daß im Hinblick auf den bestraften Täter die Einziehung nicht als eine ihm zuerkannte wirkliche Strafe zu gelten habe), II 30. Apr. 86 R. 8 330 (die Einziehung sei jedenfalls da Strafe, wo der Gegenstand dem Angekl. festgestelltermaßen gehöre; aber auch, wo das nicht der Fall, könne in der Einziehung für ihn eine Strafe aus der Verantwortlichkeit dem Eigentümer gegenüber entstehen).

2) Als Gegenstände der Einziehung bezeichnet § 295 „das Gewehr, das Jagdgerät und die Hunde, welche der Täter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat, ingleichen die Schlingen, Netze, Fallen und andere Vorrichtungen". Letztere Worte bedürfen offenbar einer Ergänzung; es fragt sich nämlich, ob solche „Vorrichtungen" gemeint seien, die der Täter zur unberechtigten Jagdausübung durch Legen der Schlingen ꝛc. gebraucht hat o. wenigstens hat brauchen wollen (Frank N. 1 3, Oppenh.-D. N. 2), oder solche, die er „bei sich führte" (vgl. deshalb § 123 N. 25₁); erwägt man, daß die Schlingen ꝛc. auch zum „Jagdgerät" (N. 3d) gehören, also schon nach dem ersten Teile der Vorschrift der Einziehung im Falle der Beisichführung seitens des Täters unterliegen, so erscheint die erstere Auffassung als die richtigere (vgl. auch RG. II 22. Mai 91 E. 22 15), und würde sonach, da es alsdann um Gegenstände sich handelt, „welche zur Begehung eines vorsätzlichen Vergehens gebraucht sind", die Besonderheit gegenüber der allg. Vorschrift des § 40 in den o. N. 1 hervorgehobenen beiden Punkten bestehen.

3a) Bezüglich „des Gewehrs, des Jagdgeräts und der Hunde" bedingt schon die bloße Tatsache, daß „der Täter dieselben bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat", die Einziehung, ohne daß es, wie im Falle des § 40 (das. N. 9), nötig ist, daß die Gegenstände „zur Begehung des Jagdvergehens gebraucht oder bestimmt sind"; selb-

die Feststellung des Gegenteils schließt die Einziehung nicht aus; RG. III 6. Dez. 79, II 19. Juni 85, E. 1 28, 12 305, Geyer 2 53, v. Liszt S. 455, Vorberg Einziehung S. 57.

b) Der Tatumstand „bei dem unberechtigten Jagen" trifft auch dann noch zu, wenn es nach der juristischen Vollendung tatsächlich noch fortgesetzt wird (vgl. § 243 N. 45), wie z. B. durch Fortschaffung mittels Handschlittens, solange nur die Aneignung noch nicht vollendet u. damit das Jagen beendet ist; RG. II 15. Okt. 87 R. 9 502 (ein Rechtssatz dahin, daß solches jedenfalls mit dem Verbringen des unberechtigt erlegten Wildes auf das eigene Jagdrevier des Täters anzunehmen sei, hat wohl nicht aufgestellt werden sollen). Deshalb konnte zwar das zit. RG. E. 12 305 (dagegen jedoch Dalcke Jagdr. S. 222 N. 3) das Vorliegen des Tatumstandes in einem Falle bejahen, wo der Täter mit dem erlegten Wilde noch auf fremdem Jagdreviere sich befand, während die Anwendung des § 295 mit Recht in Fällen verneint ist, wo der Täter das Gewehr 2c. vor Beginn der verbotenen Jagdfolge (§ 292 N. 8 I) zurückließ und erst nach Rückkehr auf sein eigenes Revier wieder an sich nahm; zit. RG. R. 9 502, Berlin 26. Sept. 73 St. 3 138. Anders liegt der Fall, wenn der mit Gewehr versehene Jagdfrevler seinen Hund über die Grenze schickt, um das jenseits ihrer liegende Wild sich anzueignen; dann ist auch das Gewehr einzuziehen.

c) Daraus, daß das Gesetz den Ausdruck „Täter" braucht, ist von Oppenh.-D. N. 3 u. v. Schwarze N. 4 gefolgert worden, daß die Einziehung nicht auszusprechen sei, wenn ein „Gehilfe" das Gewehr 2c. bei sich führte. Allein zu Unrecht; denn mit „Täter" hat, wie häufig (vgl. z. B. §§ 51, 52), nur bezeichnet werden sollen, wer das Jagdverg. verübte, gleichgültig in welcher Art der Beteiligung; es sprechen hierfür namentl. auch die Eingangsworte des § 295; so: Binding Lb. 1 331, Rüd.-St. N. 3, Dalcke aO. 224.

d) Als „Jagdgerät" sind nur Gerätschaften, also, wie insbs. aus der Benennung der „Hunde" neben dem Jagdg. sich ergibt, keine lebenden Tiere anzusehen, u. zwar solche, die nach ihrer Beschaffenheit an sich zur Verwendung bei der Jagd geeignet und dazu auch dauernd bestimmt sind; RG. II 22. Mai 91 E. 22 15 (abweichend früher das zit. E. 12 305; vgl. aber die von Dalcke Jagdr. S. 222 N. 4 auch gg. das neuere Urteil vorgebrachten Bedenken); deshalb kann auch ein zur Jagdausübung benutztes Fernglas als Jagdgerät in Betracht kommen; RG. IV 21. Feb. 05 G. 52 247. Fuhrwerke (Wagen, Schlitten) können hiernach auf Grund des § 295 nur unter besonderen Voraussetzungen, nämlich bei bezweckter Einrichtung zur Verwendung bei Jagden, eingezogen werden, lebende Transportmittel (Pferde 2c.) aber gar nicht; s. jedoch N. 5.

e) Übrigens enthält die Feststellung, daß der „Täter ein Gewehr 2c. bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat", eine die Schuldfrage btr. Entscheidung, und zwar ist sie „dem Angeklagten nachteilig", wenn auch der einzuziehende Gegenstand ihm nicht eigentümlich gehört, da er dann ersatzpflichtig wird; es hat deshalb StPO. § 262 Anwendung zu finden. Folgeweise ist im schwurgerichtl. Verfahren die Entscheidung durch die Geschworenen zu treffen; Berlin 22. Juni 78 St. 8 157.

4) Die Pflicht zur Einziehung ist unbedingt (§ 40 N. 5); ohne jede Beschränkung erstreckt sie sich auf die im § 295 bezeichneten Gegenstände; RG. III 6. Dez. 79, I 7. Feb. 84, II 19. Juni 85, E. 1 28, 10 139, 12 305 (letzteres — vollständiger mitgeteilt R. 7 416 — zieht die Folgerung, daß bei gemeinschaftl. Begehung auch das Gewehr, das etwa ein dritter nicht ermittelter Mittäter bei sich geführt, bzw. der Hund, der etwa mit ihm gelaufen, eingezogen werden müsse).

Namentl. ist die Einziehung auch dann auszusprechen, wenn der Täter die Gegenstände nur auf eigenem Jagdgebiete (§ 292 N. 8) bei sich führte; RG. I 16. Juni 81 E. 4 261. Die Folgerichtigkeit führt ferner, wie bereits der Abg. Götz (StB. S. 729) hervorhob, wenigstens scheinbar (vgl. jedoch N. 1 wg. der polizeilichen Natur der Einziehung), dahin, daß sogar die dem verletzten Jagdberechtigten selbst gehörenden Gegenstände eingezogen werden müssen, wenn die Voraussetzungen des § 295 vorliegen; so auch Rüd.-St. N. 1. Mit Recht hat jedoch RG. I 2. Juli 88 E. 18 43 diese Folge für den Fall verneint, daß andere positive Gesetzesvorschriften, wie namentl. StPO. § 111, die Berücksichtigung der Rechte eines un-

beteiligten Dritten ausdrücklich gebieten; so: Binding Lb. 1 332, Frank N. I 2, Köbner Einziehung S. 35 N. 1; aM.: v. Liszt S. 455 N. 7, R. JPrForstJG. 21 14.

Ist die Einziehung aus § 295 keine Strafe (N. 1), so kann folglich § 59 nicht Anwendung finden und die Einziehung hat auch bei Unkenntnis des Täters davon, daß er den btr. Gegenstand bei sich führte, zu erfolgen; Rubo N. 4.

Das Aussprechen der Einziehung ist endlich weder durch vorgängige Beschlagnahme des Gegenstandes noch durch die Zweifellosigkeit der späteren Vollstreckbarkeit bedingt; RG. I 17. Feb. 81 R. 3 56. Demnach ist auf die Einziehung des Gewehrs zu erkennen, sobald die Tatsache festgestellt ist, daß bei der fraglichen Gelegenheit von einem der Täter auf Wild geschossen ist; zit. RG. R. 7 416.

5) Die Anwendung des § 40 neben dem § 295, z. B. für den Fall, daß Gegenstände zur Begehung des Jagdverg., bestimmt waren, vom Täter aber nicht bei sich geführt wurden, ist nicht ausgeschlossen; RG. II 19. Juni 85, 22. Mai 91, E. 12 305, 22 15, Binding Lb. 1 331, Merkel HH. 3 841, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 4.

Die Anwendung des § 42 (das. N. 9) wird durch § 295 ebensowenig ausgeschlossen; Berlin 23. Nov. 76 St. 7 3, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 6, Dalcke Jagdr. S. 225, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 195. Dagegen kann nicht etwa ein objektives Verfahren auf Grund des § 295 stattfinden, da dessen Voraussetzung „eine verwirkte Strafe" ist; RG. III 11. Feb. 89 E. 19 45, Binding aO. 332, Wagner aO. 196.

6) Im Falle einer Idealkonk. kommt § 295 zur Anwendung, auch wenn die Strafe nicht wegen Jagdvergehens verhängt wird, so z. B. bei Idealkonk. der §§ 292 f. mit § 230 (vgl. § 73 N. 32_2); so Frank N. I 2; aM. RG. II 30. Apr. 86 R. 8 330 (wegen des angeblichen Strafcharakters; N. 1).

§. 296.

Wer zur Nachtzeit, bei Fackellicht oder unter Anwendung schädlicher oder explodirender Stoffe unberechtigt fischt oder krebst, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). Aktenst. Nr. 182 43. StB. S. 730—732, 1175. Entw. d. StGN. Art. I § 296. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 150 3, 157 1. StB. 1875/76 S. 828—830.

Vgl. MStGO. §§ 16³, 63¹.

Zu §§ 296, 370⁴. N. 1—6.

1) Die §§ 296, 370⁴ regeln die Materie der strafb. Verletzung fremden Fischereirechts, während die Vorschriften über strafb. Verletzungen der Fischereipolizeigesetze nach EG. § 2_2 in Kraft geblieben sind (§ 292 N. 2). Über die Verletzung fremder Aneignungsrechte überhaupt u. die Tragweite der strafrechtl. Bestimmungen vgl. § 292 N. 1.

2) Über die Entstehungsgeschichte vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. des Kommentars.

3) Der Begriff des Fischens umfaßt, entsprechend dem des Jagens (§ 292 N. 4), neben der Aneignung selbst alle Hdlgen, durch die man Fische aufsucht, verfolgt o. ihnen nachstellt, um sie zu erlangen, einzufangen o. sonst in Besitz zu nehmen, ohne Rücksicht auf die Zweckdienlichkeit der Hdlg.; der Mangel eines Erfolges drückt die Hdlg. keineswegs zum Versuch herunter; so die GM., insbs. RG. II 7. Feb. 82, III 7. Nov. 87, R. 4 132, 9 563.

4) Gegenstand des „Fischens" sind nicht bloß die unter den Gattungsnamen „Fische" fallenden Tiere, sondern alle Tiere, die Gegenstand der Fischereiberechtigung sind, um deren Verletzung es sich handelt. Deshalb ist, während im Einzelfalle auch jetzt noch (EGBGB. Art. 69) das maßgebende Landesrecht entscheidet (v. Liszt S. 456 N. 10), doch im allg. anzuerkennen, daß, außer „Krebsen", auch Austern, Perlmuscheln rc. als Objekte der Fischerei in Betracht kommen können; so: RG. II 21. Feb. 88 E. 17 161, Binding Lb. 1 327 N. 2, Geyer 2 53, Frank N. 1, v. Schwarze § 370⁴ (vgl. jedoch auch u. N. 7); aM.: Meves N. 11, Oppenh.-D. N. 2, die nur die zur Gattung der Fische o. Krebse gehörenden Tiere hierher rechnen; auch Hälschner 2 342, 344 scheint mit „Fischen" i. S. der §§ 296, 370⁴

einen engeren Begriff zu verbinden. Hiernach handelt es sich beim „Fischen“ oder „Krebsen“ jedenfalls nur um gleichwertige, eine alternative Feststllg. zulassende Modalitäten (§ 47 N. 29); aM. Wertheimer Mischgesetze S. 62.

Übrigens bilden, gleichwie bei der Jagd das Fallwild (§ 292 N. 7b), auch die toten Fische den Gegenstand der Berechtigung, sofern nicht eine den Begriff des Fisches aufhebende Zerstörung eingetreten ist; München OLG. 22. Dez. 96 E. 9 184 btr. § 370[4].

5) Auch betreffs der objektiven Berechtigung zur Ausübung der Fischerei entscheidet das Landesrecht bzw. die in Gemäßheit seiner geschlossenen Verträge 2c. Verneint wurde die Berechtigung des Fischenden in einem Falle, wo er vertragsmäßig verpflichtet war, der Gutsherrschaft Dienste zur Ausübung der Fischereigerechtigkeit, insbs. auch durch Fischen, zu leisten, dagegen weder ein vertragsmäßiges noch sonstiges Recht, für sich u. seinen Nutzen zu fischen, hatte; RG. III 10. Dez. 85 E. 13 195. Übrigens ist, ähnlich wie i. F. des § 292 (das. N. 9), unberechtigtes Fischen auch dann anzunehmen, wenn der Täter die Grenzen des ihm an sich zustehenden, aber beschränkten Fischereirechts überschreitend, einen Eingriff in das einem anderen auf demselben Wasser zustehende Aneignungsrecht begeht; Dresden OLG. 22. Jan. 03 SächsA. 25 98, Oppenh.-D. N. 4.

6) Die Verletzung des fremden Fischereirechtes muß eine vorsätzliche (§ 292 N. 10) u. deshalb von dem Bewußtsein der Nichtberechtigung getragen sein; so Meves N. 12; aM. Bruck Fahrlässgkt. S. 50, der fahrl. Begehung für strafbar hält.

Zu § 296. N. 7—9.

7) Das einfache, nur als Übertr. strafb. Fischereidelikt (§ 370[4]) gestaltet sich zum qualifizierten durch Hinzutritt eines der im § 296 vorgesehenen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295. Straferhöhend wirken bei Begehung der Tat folgende Umstände, bezüglich deren eine alternative Feststllg. nicht zulässig ist (Wertheimer Mischgesetze S. 62):

a. „zur Nachtzeit“; vgl. § 293 N. 4c und damit übereinstimmend Staudinger Fischereischutz S. 22 f., der zutreffend ausführt, daß jener Umstand auch vorliege, wenn das Einlegen von Legangeln oder Netzen nach Einbruch der Dunkelheit erfolge, gleichviel wann sie herausgenommen würden, dsgl., wenn bei Tage gelegte Angeln zur Nachtzeit herausgenommen würden; weitergehend ist aber gegen ihn mit RG. IV 15. Apr. 04 E. 37 117 ferner anzunehmen, daß der Umst. auch vorliege, falls zwar das Einlegen der Netze bei Tage erfolgte, sie aber zum Zwecke des Fischfanges bei Nacht im Wasser belassen wurden;

b. „bei Fackellicht“; es ist dieses „der allgemeine Ausdruck für mehr oder weniger große flackernde und unverwahrte Flammen“; so v. Schwarze N. 5, auch Meves N. 14, der jedoch noch als „Nebenbegriff“ hinstellt, daß „der brennende Stoff von Menschenhänden getragen“ werde;

c. „unter Anwendung schädlicher oder explodierender Stoffe“; vgl. Pr. FischereiG. v. 30. Mai 1874 § 21, das beim Verbot der Anwendung schädlicher oder explodierender Stoffe in Parenthese bemerkt: „(giftiger Köder oder Mittel zur Betäubung oder Vernichtung der Fische, Sprengpatronen oder anderer Sprengmittel)“. Ein Stoff ist:

α. „schädlich“, wenn er vergiftend, vernichtend oder auch nur betäubend wirkt, während eine schädliche Wirkung für die Menschen, die mit solchen Mitteln gefangene Fische genießen, nicht erfordert wird (Meves N. 15, Staudinger aO. 23);

β. „explodierend“ (auch §§ 311 N. 1, 367[4, 5]), wenn durch seine Entzündung eine gewaltsame und plötzliche, meist von einem Knall begleitete, Ausdehnung elastischer Flüssigkeiten oder Gase herbeigeführt wird; ähnlich Frank § 311 N. 1 (jedoch: unter Veränderung ihrer Daseinsform) u. Meves § 367[5] N. 4. Entsprechend schließt auch RG. I 21. Jan. 92 E. 22 304 (speziell btr. § 311) Wasserdämpfe von den explodierenden Stoffen aus; ebenso Binding Lb. 2 21 u. Frank aO.; aM. Rüd.-St. § 311 N. 3. Vgl. übrigens auch EisenbahnVerkehrsO. v. 26. Okt. 1899 § 50 A 4.

8) Diese eben bezeichnete Alternative des Fischens unter Anwendung explodierender Stoffe fällt nicht gleichzeitig unter das SprengstoffG.; denn § 296 bezweckt den Schutz des Berechtigten gegen Eingriffe in sein Aneignungsrecht durch unbefugte Aneignung, dieses aber

den Schutz gegen die gemeingefährliche Beschädigg. o. Vernichtung fremden Eigentums; RG. IV 22. Jan. 86 E. 13 305 u. auch schon 23. Okt. 85 R. 7 611.

9) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. bis 6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28₂ (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29₂ nicht mehr als 6 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 296a.

Ausländer, welche in Deutschen Küstengewässern unbefugt fischen, werden mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

Neben der Geld- oder Gefängnißstrafe ist auf Einziehung der Fanggeräthe, welche der Thäter bei dem unbefugten Fischen bei sich geführt hat, ingleichen der in dem Fahrzeuge enthaltenen Fische zu erkennen, ohne Unterschied, ob die Fanggeräthe und Fische dem Verurtheilten gehören oder nicht.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt).

Entw. d. StGN. Art. II § 296a. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 1016.

1) § 296a (vgl. § 292 N. 1) handelt nicht, wie die §§ 370⁴, 296, von der strafbaren Verletzung eines fremden Fischereirechts (§ 296 N. 1), sondern vielmehr von der Strafbarkeit „unbefugter" (N. 5) Fischerei (N. 3) und zwar von seiten der „Ausländer" (N. 2) in „Deutschen Küstengewässern" (N. 4).

Über die legislatorischen Gründe, die zum Erlaß des § 296a geführt haben, vgl. Abs. 2 der entsprechenden N. der 5. Aufl. des Komm.

2) Subjekt des Verg. kann ausnahmsweise (§ 3 N. 19bβ) nur ein Ausländer (§ 8 N. 3a) sein; jedoch gilt dieses nur von dem „Täter" im e. S., während nach den Grundsätzen über Teilnahme an einem delictum proprium (§§ 48 N. 20, 49 N. 20) ein Inländer „Anstifter" oder „Gehilfe" sein kann; Hälschner 2 344, H. Meyer S. 572 N. 14, Frank N. III, Meves N. 2a, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 1, Perels Allg. D. Seer. S. 162. Handeln ein Inländer und ein Ausländer gemeinsam als „Mittäter" (§ 47), so kann jener nicht als Mittäter strafbar werden (Beling Verbrechen S. 409), sd. aus § 296a nur insofern, als seine Tätigkeit zugleich als Anstiftung oder Beihilfe sich darstellt.

Wo der „Ausländer" seinen Wohnsitz hat, ist gleichgültig; deshalb kann auch ein in D. wohnhafter Ausländer gegen § 296a verstoßen; so: Hälschner 2 343 N. 6, Oppenh.-D. aO., Rüd.-St. 2; aM.: Meves N. 2a, Perels aO. Richtig ist aber, daß ein im Dienste eines Inländers stehender und in dessen Auftrage die Fischerei ausübender Ausländer aus § 296a sich nicht strafbar macht; denn da die Bestimmung den Schutz der Fischerei der Inländer bezweckt (N. 1), so richtet sie sich nur gegen die im eigenen Interesse fischenden Ausländer (vgl. auch N. 5); Hälschner 2 344, Meves, Oppenh.-D., Rüd-St., Perels aO.; vgl. auch Beling aO. 418.

3) Was Gegenstand der Fischerei (über deren Begriff vgl. § 296 N. 3) sei, wird auch im Falle des § 296a nach dem Landesrechte des btr. Küstenstaates sich richten (§ 296 N. 4); so: v. Liszt S. 456 N. 10, Frank N. I 1, u. anscheinend auch Meves N. 2c, während abweichend einerseits Hälschner 2 344, Oppenh.-D. N. 3 u. v. Schwarze N. 3 Fischen hier, ohne Rücksicht auf das Landesrecht, in einem weiteren, auf das Fangen aller nutzbaren Wassertiere sich erstreckenden Sinne verstehen, ähnlich Geyer 2 53, umgekehrt aber Schütze Anh. S. 22 N. 3 das unbefugte Krebsen nicht hierher rechnet, weil solches wo es strafbar, im StGB. neben dem Fischen genannt sei (vgl. jedoch die Entstehungsgeschichte § 296 N. 2 der 5. Aufl. des Komm.).

4) Das unbefugte Fischen in „Deutschen Küstengewässern" wird mit Strafe bedroht. Letztere (vgl. auch § 145) stehen im Gegensatze einerseits zur „offenen See" (§ 250

N. 3d), andererseits zu den „Binnengewässern“ und bilden demnach denjenigen, die Küsten eines nach der See sich abgrenzenden Staates berührenden, Teil des Meeres, der „innerhalb der Hoheitsgrenze“ dieses Staates liegt (§ 3 N. 12). So im wesentlichen: Hälschner 2 343, Schütze Anh. S. 22, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 2. AM. Meves N. 2b insofern, als er den durch Landesgesetze (z. B. für Pr. durch das FischereiG. v. 30. Mai 1874) bestimmten Umfang der Küstenfischerei denjenigen der Küstengewässer bedingend erachtet und nur ev. die völkerrechtl. Grundsätze über die Erstreckung des Staatsgebietes in das Meer entscheiden lassen will.

Wenn das Gesetz fordert, daß „in“ D. Küstengewässern gefischt sei, so handelt es sich hier, ähnlich wie im § 166 (das. N. 18), nur um einen ungenauen Ausdruck, indem es hier dem Wesen der Sache nach nur darauf ankommen kann, daß aus D. Küstengewässern gefischt worden sei, ohne Rücksicht auf den Aufenthaltsort des Täters; Beling Verbrechen S. 244.

5) Das „unbefugte Fischen“ der Ausländer in D. Küstengewässern ist strafbar. Durch den Ausdruck „unbefugt“ wird hier (vgl. dagegen § 123 N. 14) zutreffend angedeutet, daß es nicht um den Eingriff in „fremde Fischereirechte“ sich handelt, sondern vielmehr lediglich um die Verletzungen der, als Ausfluß des Staatshoheitsrechtes sich darstellenden, Befugnis der Regelung der Benutzung der Küstengewässer und zwar in der speziellen Richtung der Fischerei (N. 1). Das seitens eines Ausländers in D. Küstengewässern vorgenommene Fischen ist niemals ein „unberechtigtes“, weil niemand ein ausschließliches Privatrecht zum Betriebe der Fischerei daselbst besitzt, wohl aber ein „unbefugtes“, sobald und soweit es mit einem seitens des D. Reichs erlassenen Verbote sich in Widerspruch setzt. So: Binding Lb. I 333, Merkel HH. 4 462. AM.: Schütze Anh. S. 22, Meves N. 2d, Rüd.-St. N. 5, „unbefugt“ sei mit „unberechtigt“ gleichbedeutend; eben darauf beruht die irrige Ansicht von v. Schwarze N. 1, wonach „inländische Fischer unter §§ 296, 370[4] fallen“.

Eine positive gemeinrechtliche Norm, die den Ausländern das Fischen in D. Küstengewässern verbietet, besteht nicht; Merkel aO. will deshalb „die Frage nach dem Rechte des betreffenden D. Küstenlandes beantworten“. Diese Ansicht erscheint jedoch nicht zutreffend; denn ein ausdrückliches Verbot ist nicht erforderlich, vielmehr ist schon nach völkerrechtl. Grundsatze „die Fischerei in den Küstengewässern dem Staatsangehörigen vorbehalten, soweit nicht ausdrückliche Ausnahmen gemacht sind“; Heffter-Geffcken Völkerr. § 75 N. 6, Perels Allg. D. Seer. S. 162. Jedenfalls würde man auch schon in dem Erlasse des § 296a selbst einen Ausdruck dafür finden können, daß die D. Küstengewässer für die Fischerei dem Inländer vorbehalten sein sollen (vgl. Harburger Inl. S. 22); so: Binding aO., Hälschner 2 343, H. Meyer S. 572, Meves u. Rüd.-St. aO., insofern sie zur Anwendung des § 296a ein besonderes Verbot nicht für erforderlich erachten; aM. Oppenh.-D. 5.

6) Die unbefugte Fischereiausübung muß eine vorsätzliche sein; Oppenh.-D. N. 6; die gegenteilige Annahme von Merkel HH. 4 463 tritt mit der Redaktionsmethode des StGB. in Widerspruch (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4).

Der Dolus besteht nach den vorhergehenden Ausführungen in dem bewußt unbefugten Fischen eines Ausländers in D. Küstengewässern; im besonderen sind sonach erforderlich das Bewußtsein von der Eigenschaft als Ausländer, das z. B. bei einem im Inl. wohnhaften Ausländer unter Umständen wird fehlen können (Beling Verbrechen S. 86), das Bewußtsein davon, daß das Fischen innerhalb eines D. Küstengewässers stattfinde, endlich das von der mangelnden Befugnis, d. h. also, daß dem Ausländer das Fischen in D. Küstengewässern verboten sei.

7) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—600 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. bis 6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle“ angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 6 Mt. betragen.

Wegen der im Abs. 2 obligatorisch vorgeschriebenen polizeilichen Maßregel sind die Noten zum vorbildlichen § 295 zu vergleichen.

Als Gegenstände der Einziehung werden jedoch neben den „Fanggeräten, welche der Täter bei dem unbefugten Fischen bei sich geführt hat" (§ 295 N. 3), die übrigens ohne Rücksicht auf ihre Brauchbarkeit zur Seefischerei der Einziehung unterliegen (so Köbner Einziehung S. 19; aM. Meves N. 4), auch „die in dem Fahrzeuge enthaltenen Fische" genannt. Während im § 295 so wenig wie im § 296 eine entsprechende Vorschrift offenbar deshalb nicht gegeben ist, weil dadurch der Jagd- bzw. Fischereiberechtigte selbst beeinträchtigt werden würde, ist im § 296a, wo es um die Verletzung eines Privatrechtes sich überhaupt nicht handelt, jene Bestimmung getroffen, da nach § 40 die Einziehung der Fische nicht würde geschehen können; denn sie sind durch das Verg. nicht „hervorgebracht" (§ 40 N. 8).

Übrigens werden auch hier „Fische" nicht i. e. S. zu verstehen sein, sondern in dem allgemeineren (N. 3); vgl. RG. II 21. Feb. 88 E. **17** 161, das die Frage berührt, ohne sie zu entscheiden.

Auch hier kann die Anwendung der §§ 40, 42 neben dem Abs. 2 des § 296a nicht zweifelhaft sein (§ 295 N. 5); deshalb unterliegen auch die zum Fangen gebrauchten Fahrzeuge der Einziehung; so Vorberg Einziehung S. 57; aM.: Oppenh.-O. N. 7, Meves N. 4.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 75[14].

§. 297.

Ein Reisender oder Schiffsmann, welcher ohne Vorwissen des Schiffers, ingleichen ein Schiffer, welcher ohne Vorwissen des Rheders Gegenstände an Bord nimmt, welche das Schiff oder die Ladung gefährden, indem sie die Beschlagnahme oder Einziehung des Schiffes oder der Ladung veranlassen können, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

PrStGB. § 278. Entw. I § 277, II § 293.

1) Subjekt des Gefährdungsdeliktes aus § 297 ist „ein Reisender oder Schiffsmann" oder auch „ein Schiffer".

Die Schiffsbesatzung, im Gegensatz zu den — die blinden Passagiere mitumfassenden (so: Binding Lb. **1** 253 N. 2, Frank N. 1; aM. Pappenheim ZStrW. **13** 844) — „Reisenden", bilden alle auf einem Schiffe angestellten Personen; HGB. § 481. Zu ihr gehören insbs.:

a. der „Schiffer" (oder Schiffskapitän), d. h. der „Führer des Schiffes", in dessen Ermangelung oder Verhinderung sein Stellvertreter; HGB. § 511, SeemannsO. § 2; aM. btr. des Stellvertreters Pappenheim aO. 844 (mit Rücksicht auf den Wortlaut des zit. § 2);

b. die „Schiffsmannschaft", d. h. die im Dienste des Schiffes angestellten Seefahrer, d. h. zu eigentlich seemännischen Diensten angeheuerten Personen (Pappenheim Gruchot Archiv **43** 343), namentl. auch die Schiffsoffiziere, jedoch mit Ausschluß des Schiffers. Im weiteren S. gehört jedoch zur Schiffsmannschaft die Gesamtheit der „Schiffsleute", d. h. jede zum Dienst auf dem Schiff angestellte Person, einschließl. der weiblichen Angestellten (SeemannsO. § 2_3), abgesehen vom „Kapitän" und den „Schiffsoffizieren" (Abs. 1 u. 2 das.). Eine entsprechend weitere Bedeutung des Wortes jedoch, die „Schiffsoffiziere" mitumfassend, ist auch im Falle des § 297 anzunehmen, da sonst eine Lücke vorliegen würde. So die GM., insbs. Berlin 27. März 78 St. 8 277. AM.: Frank N. 1 (an sich; vgl. jedoch N. 1 1 wg. der neuen SeemannsO.), Rubo N. 2, Meves StrZ. **13** 389 (btr. des § 298), Pappenheim ZStrW. **13** 845.

Der Befrachter als solcher, der nicht Mitreisender ist, fällt nicht unter die Strafbestimmung; Binding Lb. **1** 253, Frank N. 1_2, Meves aO. 398, Pappenheim aO. 847. Ein ohne Vorwissen der übrigen Mitreeder handelnder Mitreeder kann sich strafbar machen, sofern er in einer der hervorgehobenen Eigenschaften das Schiff benutzt (Meves

aO., den Pappenheim aO. 843 in dieser Beziehung ohne Grund bekämpft), aber nicht ein Alleinreeder (Binding aO.). Ebensowenig fallen die Lotsen unter das Gesetz; Binding aO., Pappenheim aO. 844, Perels Allg. D. Seer. S. 163.

2) Objekt der Gefährdung sind „das Schiff oder die Ladung".

Unter „Schiff" ist lediglich ein Seeschiff zu verstehen, was nicht nur der der Seeschiffahrt entnommene technische Ausdruck „Reeder" (N. 4), sondern namentl. auch die Entstehungsgeschichte ergibt. Abgesehen von der auf dem Lübeckschen StGB. v. 20. Juli 1863 § 233 beruhenden Hinzufügung des Wortes „Ladung" (vgl. deshalb § 265 N. 2a), ist § 297 dem PrStGB. § 278 nachgebildet, der — seinerseits aus dem durch das PrALR. außer Kraft gesetzten PrSeerecht Art. 31 Kap. 4 entnommen — „im Interesse des handeltreibenden Publikums in See- u. Hafenstädten" für notwendig erachtet wurde; Goltd. Mat. 2 624, Beseler PrStGB. S. 517. Dazu kommt, daß das Frachtgeschäft auf Binnengewässern lediglich den Vorschriften des HGB. über das Frachtgeschäft (B. III Abschn. 6 §§ 425 ff.) folgt.

3) Die „Gefährdung" selbst ist eine durch sog. Konterbande herbeigeführte; denn „an Bord genommene Gegenstände" müssen „das Schiff oder die Ladung" in der Weise gefährden, daß sie „die Beschlagnahme oder Einziehung" des einen oder anderen veranlassen können. Dabei hat das Gesetz sowohl die Zoll- wie die Kriegsgesetze — des Inlandes und Auslandes — im Auge, so daß es um „Zoll- und Kriegskonterbande" sich handelt, indem alle Gegenstände in Betracht kommen, deren Einfuhr in irgendeinen der vom Schiffe zu berührenden Hafenplätze überhaupt verboten oder einem Zoll unterworfen ist; Meves StrZ. 13 399.

Die Gefährdung (vgl. § 52 N. 7) ist hier also ganz konkret bestimmt, derartig, daß namentl. auch die bloße Möglichkeit einer die freie Verfügung über Schiff oder Ladung hindernden, provisorischen oder dauernden, behördlichen Maßregel als Gefährdung sich darstellt; RG. III 8. Dez. 04 G. 52 90.

4) Die „Anbordnahme" der Konterbande muß geschehen: seitens eines Reisenden oder Schiffsmannes „ohne Vorwissen des Schiffers", seitens des Schiffers „ohne Vorwissen des Reeders", d. h. des „Eigentümers eines ihm zum Erwerbe durch die Seefahrt dienenden Schiffes" (HGB. § 484).

Wegen „ohne Vorwissen (§ 367[1]) vgl. die ähnliche Wendung im § 220 (das. N. 2). Eine besondere Heimlichkeit oder ein Verbergen der Gegenstände beim Hinaufschaffen ist nicht erforderlich; es genügt, wenn dem Schiffer (Reeder) nicht die Möglichkeit gewährt wird, deren Zollpflichtigkeit bzw. Beschaffenheit gegenüber dem Verbotsgesetze zu prüfen; so Meves StrZ. 13 399, ähnlich v. Schwarze N. 2a. Demnach ist jenes negative Moment ausgeschlossen, wenn die Anbordnahme „mit Wissen" des Schiffers erfolgt.

5) Wird die Konterbande im Inlande an Bord eines Handelsschiffes genommen, so ist § 297 anwendbar, ohne daß es auf die Nationalität des Schiffes ankommt; Oppenh.-D. N. 4.

6) Die Hdlg. muß eine vorsätzliche sein, wenn sie unter § 297 fallen soll (vgl. § 296a N. 6); so die GM.; aM. Hälschner 1 325, es sei weder ausdrücklich dolus noch culpa erforderlich (vgl. jedoch die nähere Erläuterung das. 2 396 f.), auch Bruck, Fahrlässigkt. S. 49, das Verg. sei der fahrl. Begehung fähig.

Der Dolus erfordert das Bewußtsein, daß die Beschaffenheit der an Bord genommenen Gegenstände Schiff oder Ladung in der im § 297 bezeichneten Weise gefährden könne (Geyer 2 396, Hälschner 2 396, Frank N. II), sowie daß der Schiffer von der Anbordnahme nichts wisse. Eine gewinnsüchtige Absicht, insbs. die Absicht, zu defraudieren, ist nicht erforderlich; so: Merkel HH. 3 842, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 3, Meves StrZ. 13 400, auch Hälschner 2 396, jedoch mit dem Bemerken, die Hdlg. erscheine schon an sich als eigennützig.

7) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. bis 2 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 298.

Ein Schiffsmann, welcher mit der Heuer entläuft, oder sich verborgen hält, um sich dem übernommenen Dienste zu entziehen, wird, ohne Unterschied, ob das Vergehen im Inlande oder im Auslande begangen worden ist, mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 279. Entw. I §§ 278, 349², II § 294.

Vgl. MStGO. §§ 16², 69¹ sowie SeemannsO. § 93₃.

1) Darüber, ob durch die Bestimmungen der SeemannsO. §§ 93₃, 121₁ der § 298 seinem Inhalte nach vollständig wiedergegeben sei, und über die hieran sich anknüpfende, einer erheblichen praktischen Bedeutung entbehrende Streitfrage vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. des Komm.

2) Der — wie im § 329 — mit Strafe bedrohte Vertragsbruch (v. Liszt S. 456, H. Meyer S. 594) besteht darin, daß ein „Schiffsmann", auch hier wie im § 297 (das. N. 1 b) i. w. S. zu nehmen (Binding Lb. 1 415, der freilich — gegen die GM. — § 298 nicht bloß auf die Schiffsmannschaft der Seeschiffe bezieht), „mit der Heuer", die selbstverständlich in sein Eigentum übergegangen, entweder „entläuft" oder „sich verborgen hält". Daß auch diese letztere Wendung mit den Worten „mit der Heuer" in Verbindung zu setzen ist, zeigen Abs. 1 u. 2 der SeemannsO. § 93 (vgl. auch Entw. II § 349²), die mildere Strafandrohungen als Abs. 3 nur deshalb enthalten, weil der Angeheuerte „ohne Heuer" dem Antritt oder der Fortsetzung des Dienstes sich entzieht; Kleinfeller StRStrafNebenges. S. 608. Deshalb trennt auch die SeemannsO. § 93₃, richtiger als § 298, das Wort „entweicht" (so jetzt statt: „entläuft") von den folgenden Worten nicht durch ein Komma.

Wegen Zahlung der „Heuer" (eines „Heuervorschusses") vor Antritt bzw. wenigstens vor Beendigung des Dienstverhältnisses vgl. SeemannsO. §§ 45, 47.

Übrigens fällt die Dienstentziehung nach Empfang auch nur eines Teiles der Heuer selbst dann unter § 298, wenn der Schiffsmann schon eine dem Teilbetrage der Heuer, z. B. einer Monatsheuer, entsprechende Zeit — also einen Monat — Dienste geleistet hatte; so: Meves StrZ. **13** 390, Kleinfeller aO.; aM. Binding Lb. 1 415.

3) Subjektiv wird die „Absicht, sich dem übernommenen Dienste zu entziehen", verlangt. Ob der Schiffsmann dem Antritt (so z. B. in dem Falle Berlin 27. März 78 St. 8 277) oder der Fortsetzung des Dienstes sich entziehen (über letzteren Begriff vgl. § 235 N. 2) wollte, fällt nur für die Strafzumessung ins Gewicht und zwar angesichts der SeemannsO. § 93₁,₂ in dem S., daß letzteres mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Seeschiffahrt regelmäßig strafbarer erscheint als jenes.

4) Die fragliche Hdlg. ist nach den Motiven zum StGB., mit Rücksicht auf ihre Straflosigkeit in Amerika und England, in SeemannsO. § 121₁ auch dann — und zwar unbedingt und unabhängig von dem Ermessen der StAschaft (Hälschner 1 177, 706) — für strafbar erklärt, „wenn sie außerhalb des Bundesgebietes begangen ist", da sie sonst nach den Grundsätzen des § 4 (das. N. 20a) häufig straflos bleiben würde. Trotzdem soll aber nach Binding Hb. 1 442 u. Lb. 1 416 eine Bestrafung im Inl. wegen bereits im Ausl. erfolgter Bestrafung nicht mehr eintreten können, vielmehr § 5¹ Platz greifen; anders dagegen Lammasch GS. **41** 10 N. 2.

Diese Vorschrift ist zwar als Ausnahmevorschrift streng auszulegen, dennoch aber ist, da sie selbst zwischen Deutschen und Ausländern nicht unterscheidet (vgl. dagegen § 4¹⁻³), ihre Anwendung nicht auf Deutsche zu beschränken, um so weniger als ein praktisches Bedürfnis gerade auch hinsichtlich der Bestrafung von Ausländern, die die Tat im Auslande begehen, vorliegen kann, dann nämlich, wenn sie auf einem D. Schiffe geheuert waren und demnächst der Dienstpflicht sich entziehen, während jenes in einem ausländischen Hafen angelaufen ist (vgl. § 3 N. 14aβ). So: Geyer 2 61, Kleinfeller StRStrafNebenges. S. 606, Damme GS. **46** 314, Perels Allg. D. Seer. S. 163, Harburger Inland S. 121 N. 12, während Merkel HH. **3** 843 sowie Oppenh.-D. N. 6 die Vorschrift auf Ausländer nur anwenden wollen, wenn es um ein D. Schiff sich handelt; vgl. auch Rüd.-St. N. 2, 5.

AM. v. Schwarze S. 46, es handele sich nur um eine Ausnahme des § 4_3 Unterabs. 1, ferner Binding Lb. 1 416, Hälschner 1 174 N. 1, 2 398, v. Bar Lb. S. 265.

5) Der Tatbestand der SeemannsO. § 95 schließt als der speziellere den des § 93_3 aus; denn er hat die Entziehung aus dem Dienste, ohne übrigens Gewicht darauf zu legen, ob sie „mit" oder „ohne Heuer" stattfindet, lediglich für die Fälle im Auge, wo „der Schiffsmann seine Entlassung fordern kann"; Oppenh.-D. N. 3, Meves StrZ. 13 391.

6) Die Strafe ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren; für den Fall, daß die Hdlg. außerhalb des Bundesgebietes begangen ist, bestimmt SeemannsO. § 121_2 ausnahmsweise (§ 67 N. 17), daß die Verjährung „erst mit dem Tage beginne, an welchem das Schiff, dem der Täter zur Zeit der Begehung angehörte, zuerst ein Seemannsamt erreicht"; Oppenh.-D. N. 7; vgl. auch Damme GS. 46 317.

Zuständig ist SchöffenG.; GVG. § 27³ᵃ (G. v. 5. Juni 05).

§. 299.

Wer einen verschlossenen Brief oder eine andere verschlossene Urkunde, die nicht zu seiner Kenntnißnahme bestimmt ist, vorsätzlich und unbefugter Weise eröffnet, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB. § 280. Entw. I § 279, II § 295.

Vgl. MStGO. §§ 16³, 63¹.

1) § 299 schützt an erster Stelle das sog. Briefgeheimnis (vgl. Gerhard Briefschutz, insbs. S. 17), dessen Verletzung das PrALR. II 20 § 1370, dem § 280 des PrStGB. entnommen wurde, ausschließlich unter Strafe stellte; im PrStGB. wurde jedoch die Vorschrift in Anlehnung an das StGB. von Hessen-Darmst. v. 17. Sept. 1841 Art. 410 auf „versiegelte Urkunden" ausgedehnt; Goltd. Mat. 2 625. Dem PrStGB. folgte das RStGB. unter redaktioneller Abänderung des „versiegelt" in „verschlossen".

2) Sieht man auf die Worte „einen verschlossenen Brief oder eine andere verschlossene Urkunde", so erscheint der Begriff „verschlossene Urkunde" als der allgemeinere, „verschlossener Brief" nur als eine besondere Art; dann würde aber der Begriff „Urkunde" i. S. des § 299 nur der in N. 2_2 zum § 267 gekennzeichnete alltägliche sein und mit der eigentlichen Bedeutung des Wortes, geschweige denn mit dem juristischen Urkundenbegriffe, nichts zu tun haben; unmöglich nämlich ist jeder Brief eine „Urkunde" in dem § 267 N. 3 entwickelten eigentlichen oder gar spezifisch juristischen S. Es ergibt sich aber weiter aus der historischen Entwickelung (N. 1) und der Anlehnung der „verschlossenen Urkunde" an den „verschlossenen Brief", daß unter jener ein jedes „verschlossenes Schriftstück" hat verstanden werden sollen (deshalb an sich auch ein „verschlossenes Telegramm"; vgl. jedoch § 355, insbs. N. 6_2), worauf auch der Relativsatz „die nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmt ist" hindeutet. So: Binding Lb. 1 129, 2 175 N. 4, Hälschner 2 216, 522, v. Liszt S. 405, Frank N. 1, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1, John ZStrW. 4 20, 6 8 f., Kohler Recht an Briefen (Berlin 1893) S. 13, Friedländer ZStrW. 16 779, auch H. Meyer S. 623, insofern er Urk. im nichttechnischen S. versteht. AM.: RG. 1 8. Nov. 80 E. 2 425 (gelegentlich als „Urk. i. w. S." bezeichnend), Schütze S. 486 N. 11, der „Brief" auch hier als eine Art der Urk. im techn. S. auffaßt, sowie Merkel HRgutachten S. 36 u. HH. 4 446 N. 7, der, auch mit Rücksicht auf die Motive, eine „inkorrekte Ausdrucksweise" als vorliegend annimmt (ebenso Börne GS. 41 401) und hinter „Urkunde" einschalten will „welche kein Brief ist", während der Wortlaut weder auf den juristischen, noch auf einen nichtjuristischen Sprachgebrauch sich stützen könne.

Äußeres Objekt der Hdlg. ist sonach ein Schriftstück, das selbst „verschlossen" ist, d. h. dessen Einsichtnahme seitens Unbefugter durch eine die Eröffnung hemmende Maßnahme (Siegeln, Kleben, Nähen ꝛc.) verhindert werden soll; v. Liszt aO., Frank N. 1 1.

Darin liegt zugleich, daß der Verschließende seiner Absicht nach einen endgültigen Verschluß vorgenommen haben muß; so Kohler aO. 26 f.; dieser geht jedoch noch weiter u. fordert ein Verschlußmittel, bei dessen Lösung die Umhüllung zum nochmaligen Verschlusse regelmäßig unbrauchbar gemacht werde, während RG. III 15. Okt. 87 E. 16 284 darüber, was unter „Verschluß" zu verstehen sei, mit Recht die Auffassung des gewöhnlichen Lebens entscheiden läßt, da § 299 so wenig, wie das PostG. v. 28. Okt. 1871 eine Begriffsbestimmung enthalte, weshalb auch in einer gut geknoteten Verschnürung ein „Verschluß" gefunden werden könne; dies bestreitet Kohler, weil dieses Verschlußmittel bei seiner Lösung intakt bleibe. Dagegen ist bloßes Zusammenlegen o. Falten eines Schriftstücks kein die Einsichtnahme anderer hindernder Verschluß; so: Meves HH. 3 1004, Frank N. 1 2, Gerhard Briefschutz S. 21; aM. v. Schwarze N. 3.

Ein Brief, der selbst unverschlossen, nur an einem Verwahrungsorte, z. B. in einer Kassette, verschlossen gehalten wird, ist kein geeignetes Objekt des Verg.; Frank N. 1 3, Kohler aO. 26.

3) Subjekt des Verg. kann lediglich jemand sein, zu dessen Kenntnisnahme das verschlossene Schriftstück nicht bestimmt ist. Dabei kann aber nur entscheidend sein, ob die Urk. schon zur Zeit ihrer Eröffnung zur Kenntnisnahme des Täters bestimmt war. Die Ansicht von Rubo N. 4, daß das verfrühte Eröffnen eines zu späterer Kenntnisnahme des Eröffnenden bestimmten Briefes nicht unter § 299 falle, ist nur unter der Voraussetzung richtig, daß der Eröffnende trotzdem nicht „unbefugterweise" (N. 5) handelte, wie z. B. bei Übersendung eines Briefes — zu Eigentum — mit der (auf dem Umschlage vermerkten) Bestimmung, ihn erst an einem bestimmten Tage zu eröffnen. Es sind aber sehr wohl Fälle denkbar, in denen vorzeitige Eröffnung „unbefugt" geschieht, so z. B. seitens des Vorstehers einer Behörde bezüglich eingehender Angebote auf ausgeschriebene Lieferungen mit einem vorgeschriebenen Einlieferungstermin bei vorzeitiger Eröffnung behufs Mitteilung an einen befreundeten Konkurrenten.

Zu wessen Kenntnisnahme ein Schriftstück bestimmt ist, erhellt häufig aus der Aufschrift. Doch sind die äußeren Bezeichnungen nicht unbedingt maßgebend, weil einmal das Schriftstück trotz der Adresse an eine Person dennoch zur Kenntnisnahme auch anderer Personen, z. B. sämtlicher Familienglieder, bestimmt, dann weil die Adresse einen unrichtigen Namen angeben und der Träger eines anderen Namens gemeint sein kann, endlich weil der Absender häufig nicht die Person des Adressaten, sondern den Vertreter der Behörde, des Instituts, der Firma &c. meint.

4) Die äußere Handlung selbst besteht in dem — nicht notwendig eine Verletzung des Verschlusses erfordernden (RG. IV 25. Apr. 90 E. 20 375 btr. § 354, Meves HH. 3 1004, v. Liszt S. 405, Frank N. II, Kohler Recht an Briefen S. 28, Friedländer ZStrW. 16 782) — „Eröffnen" des verschlossenen Schriftstücks, so daß ein bloßes Auseinanderfalten eines unverschlossenen Briefes o. das Herausnehmen eines solchen aus einem offenen Umschlage nicht als Eröffnen anzusehen ist (zit. RG. E. 20 375 [vgl. jedoch § 354 N. 3a], Kohler aO.), ebensowenig das Hindurchsehen, insbs. unter Durchleuchten des Briefes mittels Röntgenstrahlen; Frank aO. Nach dem dem § 299 zugrunde liegenden Gedanken kann darunter „nur diejenige Hdlg. gemeint sein, welche den Verschluß des Schriftstücks derartig beseitigt, daß der Brief selbst vorhanden und die Kenntnisnahme seines Inhalts möglich bleibt", während ein das Schriftstück unleserlich machendes Zerreißen nicht hierher gehört; Berlin 20. März 72 St. 1 307, Oppenh.-D. N. 1, Kohler aO., Friedländer aO. 783.

Vollendet ist das Verg. mit der Eröffnung; die Kenntnisnahme von dem Inhalte des Schriftstückes wird nicht erfordert (vgl. N. 6_2); Binding Lb. 1 128, v. Liszt S. 405, Merkel HH. 3 844, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 4, Kohler aO. 31.

5) Die Eröffnung muß „unbefugterweise" geschehen, d. h. es muß dem Eröffnenden ein Recht zur Eröffnung nicht zur Seite stehen, die Eröffnung folglich widerrechtlich sein (§ 123 N. 14); der Natur der Sache nach ist das Eröffnen fremder verschlossener Briefe verboten, soweit es nicht gesetzlich ausdrücklich oder auf Grund besonderer Berechtigungen erlaubt erscheint; so: Hälschner 2 216, v. Liszt S. 406, Rubo § 300 N. 9; vgl. dagegen Gf. z. Dohna Rechtswidrigkeit S. 118.

Die gesetzlichen Ausnahmen von der durch das PostG. v. 28. Okt. 1871 § 5 gewährleisteten Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses sind — abgesehen von der auf Grund des § 50 erlassenen PostO. v. 20. März 00 § 46 (vgl. § 354 N. 4) — enthalten für den Fall „strafgerichtlicher Untersuchungen" in der StPO. §§ 99, 100 (110) u. in der MStGO. § 233, für „konkursprozessuale Fälle" in der KO. § 121. Die ZPO. hat derartige Ausnahmen nicht aufgestellt; Dambach-v. G. G. über d. Postwesen 6. Aufl. S. 63.

Im weiteren kommen noch, außer dem bei Dambach aO. 67 hervorgehobenen RGesetzen (RV. Art. 68 i. V. mit § 4 PrG. über den Belagerungszustand v. 4. Juni 1851, PreßG. § 23, VZG. § 91), an positiven Vorschriften die StPO. in Betracht, insofern nach § 110 dem Richter die Durchsicht der beim Beschuldigten beschlagnahmten Papiere, also auch der verschlossenen Schriftstücke, zusteht, nach § 116_2 aber die Korrespondenz eines Verhafteten, namentl. der Eingang der Briefe, der Kontrolle u. Durchsicht unterliegt. Vgl. auch die entsprechenden Bestimmungen der MStGO. §§ 237_4, 178_2.

Die Befugnis zur Eröffnung kann ferner im Familien- u. Vormundschaftsrecht (Erziehungsrecht) begründet sein; Berner S. 628, Hälschner 2 216, Frank N. II, Kohler Recht an Briefen S. 53, Gerhard Briefschutz S. 29 f. Ein Recht des Ehemannes zur Eröffnung der von seiner Frau geschriebenen oder an seine Frau gerichteten Briefe wird dagegen nach der Stellung, die der Ehefrau durch das BGB. gegeben ist, in dessen Sinne zu verneinen sein; sie läßt insbs. weder auf § 1353, noch auf § 1354 sich gründen; so: Goldmann DJZ. 9 64, Gerhard aO. 31; aM. Oppenh.-D. N. 3. Auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag (BGB. § 677) wird unter Umständen eine Befugnis begründen können (Kohler aO. 50 f., Gerhard aO.), u. zwar insbs. soweit sie unter Eheleuten stattfindet; ebenso Goldmann aO.

6) Die Hdlg. muß „vorsätzlich" geschehen. Daher namentl. auch im Bewußtsein der mangelnden Befugnis; so: Dresden 30. Nov. 74, München 28. Juni 78, St. 5 153, 8 281, Binding Lb. 1 130, Hälschner 2 216, v. Liszt S. 406, Kohler Recht an Briefen S. 34; dagegen Frank N. III, der Bewußtsein, der Brief sei nicht zur Kenntnis des Täters bestimmt, erfordert.

Das Motiv ist gleichgültig; deshalb genügt bloße Neugierde, während eine gewinnsüchtige o. eigennützige Absicht nicht erforderlich ist; so außer den Motiven: Berlin 20. März 72 St. 1 307, Geyer 2 39, Merkel HH. 3 844, Kohler aO. 32. Selbst die Absicht der Kenntnisnahme von dem Inhalte des Schriftstücks ist nicht notwendig; so: Hälschner 2 216, v. Liszt S. 405. Merkel HH. 3 844, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 2, Kohler aO. 31; aM. Schütze S. 505. Dagegen verlangt Kohler wenigstens das Bewußtsein der Möglichkeit der Kenntnisnahme, wohl im Widerspruch mit seinen vorhergehenden Ausführungen.

7) Btr. der Teilnahme (T. I Abschn. 3) gelten im übrigen die allg. Grundsätze, eine Ausnahme hinsichtlich der Beihilfe (§ 49 N. 29a) enthalten jedoch die §§ 354, 355 insofern, als hier die „wissentliche Hilfeleistung" seitens eines Post- bzw. Telegraphenbeamten zu dem Verg. aus § 299, soweit es Postsendungen und bzw. Telegramme betrifft, unter besondere Strafandrohungen gestellt wird.

8) Ein Strafantrag (§§ 61 ff.) ist nach Absatz 2 Bedingung der Strafverfolgung. Antragsberechtigt ist der Eigentümer der verschlossenen Urk.; denn durch die Straftat verletzt (§ 61 N. 10 ff.) erscheint nur, wer die rechtliche Verfügung über das Schriftstück hat und von dem es daher abhängt, ob er seinen Inhalt bekannt geben will oder nicht; es handelt sich, nach den Motiven, um einen zu ahndenden Eingriff „in die Rechtssphäre des Dritten"; so: Rubo N. 7, Reber Antragsdel. S. 397, Kohler Recht an Briefen S. 50; aM. Gerhard Briefschutz S. 36. Nach diesem Grundsatze ist insbs. auch die Antragsberechtigung bei Eröffnung von „Briefen" zu beurteilen. Bis zur Absendung ist der Schreiber allein verfügungs- und somit antragsberechtigt. Die Beförderung an den Adressaten kann in doppelter Weise geschehen, durch jemand, der für den Absender die Beförderung übernimmt, oder durch einen Boten des des Adressaten. Im letzteren Falle geht die Verfügungs- u. Antragsberechtigung sofort bei der Empfangnahme durch den Boten auf den Adressaten über. Im ersteren Falle, wie namentl. bei Aufgabe eines Briefes zur Post, behält der Absender die, nur tatsächlich häufig erschwerte, rechtliche Verfügung über den

Brief bis zu dessen Bestellung an den Adressaten (Dambach-v. G. G. über d. Postwesen 6. Aufl. S. 74); deshalb ist solange lediglich der Absender antragsberechtigt. So: Geyer 2 39, Hälschner 2 217, H. Meyer S. 623, Rubo N. 7, ferner in der Beziehung, daß der Absender bis zur Bestellung eines zur Post gegebenen Briefes an den Adressaten, dann aber der Adressat allein antragsberechtigt sei: Berlin 14. Feb. 78 O. 19 71, v. Liszt S. 406, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 5, Kohler aO. 37, Friedländer ZStrW. 16 788; vgl. auch Köhler Strafantrag S. 50, antragsberechtigt sei der, in dessen Namen die Urk. verschlossen worden, bzw. im Falle einer Rechtsnachfolge der, welcher z. Z. der Tat Rechtsnachfolger in der Verfügung über den Verschluß sei. AM.: Berner S. 681, Merkel S. 349 u. HH. 3 844, v. Schwarze N. 5, Klebs G. 19 571, Nessel Antragsber. S. 28, die sowohl den Absender wie den Adressaten für antragsberechtigt erklären; so auch Binding Hb. 1 625 u. Lb. 1 130 N. 4, der im übrigen noch verschiedene Unterscheidungen trifft, grundsätzlich aber jeden im Vertrauensverhältnis Begriffenen für antragsberechtigt erachtet.

Der Empfänger des Briefes ist antragsberechtigt, bis er ihn uneröffnet einem anderen zur freien Verfügung abtritt; Reber aO. 155; vgl. auch Köhler aO.

Eine Übertragung der einmal erworbenen Antragsberechtgg. findet auch hier nicht statt; so ist der Absender dann noch antragsberechtigt, wenn der eröffnete Brief auch inzwischen an den Adressaten gelangt sein sollte; das zit. Berlin (vgl. G. 26 133), Rüd.-St. N. 6, Kohler aO. 38, Friedländer aO. 789, Gerhard Briefschutz S. 39.

9) Die Anwendung des § 139 (das. N. 6) wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Betreffende durch Verletzung des Briefgeheimnisses von dem verbrecherischen Vorhaben Kenntnis erlangte.

Wegen des Verhältnisses zum § 303 vgl. das. N. 12d, wegen desjenigen zum § 354 das. N. 7 sowie o. N. 7.

10) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. bis 3 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 3 Mt. betragen.

Die Verjährung der Strafverfolgung tritt nach § 67_2 (das. N. 4) in drei J. ein; sie beginnt mit der Vollendung der Eröffnung des Verschlusses, weil damit die Straftat nicht bloß vollendet, sondern auch beendigt ist, nicht also erst mit der etwaigen Kenntnisnahme (N. 4); so Gerhard Briefschutz S. 39; aM. Kohler Recht an Briefen S. 33.

Zuständig ist SchöffenG.; GVG. § 27[2].

§. 300.

Rechtsanwalte, Advokaten, Notare, Vertheidiger in Strafsachen, Aerzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehülfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrStGB. § 155. Entw. I § 280, II § 296. StB. S. 732 f.

Vgl. MStGO. §§ 16[3], 63[1].

1) Die „unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen" bildet den Gegenstand der Strafandrohung des § 300. Durch ihn ist i. S. des EG. § 2 die Materie der strafb. Verletzung der Geheimnisse Dritter nicht für geregelt zu erachten (so: RG. I 27. März 84 E. 10 220, Frank N. VIII; aM. Hippe G. 46 285), sondern § 300 gewährt nur gegen die unbefugte Offenbarung fremder Privatgeheimnisse durch bestimmte Berufsklassen Schutz, weshalb Landesgesetze, nach welchen andere als die im § 300 bezeichneten Personen wegen unbefugter Offenbarung von Privatgeheimnissen strafbar sind, wie z. B. nach dem Code pénal art. 418 die Angestellten einer Fabrik wegen Verrats von Fabrikgeheimnissen, durch § 300 nicht außer Geltung gesetzt sind; so: RG. I 3. Jan. 87 E. 15 140 (vgl.

auch II 22. Jan. 95 E. 26 398), Frank N. VII, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. N. 2; aM. Hälschner 2 217. Vgl. ferner die reichsrechtlichen Strafbestimmungen gegen die unbefugte Offenbarung von „Betriebs"- bzw. „Geschäftsgeheimnissen" in: GewerbeO. § 145a, Gew. UVG. §§ 150 f., sowie die entsprechenden in den anderen Unfallversicherungsges., InvVG. § 185, UnlWG. v. 27. Mai 1896 § 9, MargarineG. v. 15. Juni 1897 § 15, WeinG. v. 24. Mai 1901 § 14.

2) Als ein „Privatgeheimnis" ist zunächst jede mit der ausdrücklichen Auflage, sie geheim zu halten, gemachte Mitteilung anzusehen; eine Auflage zur Geheimhaltung kann aber auch aus den Umständen sich ergeben, und zwar werden solche anzunehmen sein, wenn die Person, welche die Mitteilung macht oder welche die btr. Tatsache der Kenntnisnahme eines anderen unterwirft, ein erkennbares Interesse an der Geheimhaltung hat; RG. III 22. Okt. 85, IV 26. Juni 94, E. 13 60, 26 5 (ersteres hat deshalb, wie auch Wahlberg HRL. „Ärztl. Verbr.", mit Recht verneint, daß die Offenbarung jeder Wahrnehmung, die ein Arzt in dieser seiner Eigenschaft gemacht habe, unter § 300 fallen solle); ebenso: Hippe G. 46 296, Fromme Rechtl. Stllg. d. Arztes S. 11; gegen die Auffassung des RG. jedoch insbs. gegen die Heranziehung des „Interesses" Liebmann Pflicht d. Arztes S. 16 ff., ferner Mittermaier ZStrW. 21 202, sowie: Binding Lb. I 126 N. 4 (nicht die Offenkundigkt. bilde den Gegensatz, sd. das Nichtgeheimhalten), Frank N. 12 (der Begriff sei unabhängig von der Mitteilung an eine Person).

Was authentisch bereits in die Öffentlichkeit gedrungen ist, bildet kein Privatgeheimnis mehr; anders, wenn es um ein Gerücht sich handelt; RG. zit. E. 26 5 (8), II. 16. Mai 05 E. 38 62, Frank aO.

3) Das Privatgeheimnis muß dem Täter „kraft" seines Berufs (N. 4) „anvertraut" sein. Anvertrauen ist hier (vgl. dagegen § 246 N. 23) nicht zu betonen; denn nach dem Begriffe des Privatgeheimnisses (N. 2) liegt ein Anvertrauen vor, sobald nur die btr. Tatsache als Geheimnis, sei es mit der ausdrücklichen Auflage des Geheimhaltens, sei es unter solchen Umständen einem anderen mitgeteilt oder — was dem völlig gleich steht — seiner Kenntnisnahme unterworfen wird, aus denen die Aufforderung des Geheimhaltens stillschweigend sich ergibt; RG. III 22. Okt. 85, IV 26. Juni 94, E. 13 60, 26 5, Geyer 2 40, Hälschner 2 217, v. Liszt S. 406, H. Meyer S. 624, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 6, 8, v. Schwarze N. 3, Liebmann Pflicht d. Arztes S. 15, auch S. 25, wo er aus den u. N. 7 behandelten Gesetzesworten folgert, daß die Definition sowohl des „Privatgeheimnisses" als des „Anvertrauens" u. seines Umfanges von dem Standpunkte desselben Gewerbes, kraft dessen es als anvertraut gelte, zu bestimmen sei; vgl. auch RG. IV ZS. 24. Nov. 92 EZS. 30 382 (btr. Mitteilungen an einen Rechtsanwalt). Hiernach liegt das Tatbestandsmerkmal vor, sobald nur der Täter überhaupt kraft seines Berufs in den Besitz der Kenntnis der als Geheimnis behandelten Tatsache gelangte. Was den Ausdruck „kraft" seines Berufs betrifft, der im InvVG. § 185 („kraft ihres Amtes"), im GewUVG. § 150 („kraft ihres Amtes o. Auftrags") u. im MargarineG. v. 15. Juni 1897 § 15 („kraft seines Auftrages") sich wiederfindet, so besagt er mehr, als gelegentlich der Ausübung des Berufs, vielmehr muß das Anvertrauen in dem oben bezeichneten Sinne mit der Berufsausübung selbst in ursächlichem Zusammenhange stehen; vgl. WeinG. § 12 „durch die Aufsicht", sowie Mittermaier ZStrW. 21 208.

4) Als Subjekte des Verg. kommen nur Personen in Betracht, die die Kenntnis von Privatgeheimnissen Dritter kraft ihrer Berufspflicht (N. 7) erlangt haben, und zwar nur insofern diese Personen den im § 300 bezeichneten Gattungen angehören.

Wenn die Motive im Hinblick auf das PrStGB. von einer „Erweiterung der Personenkategorien" sprechen, so ist das unrichtig; denn dessen § 155 (im Tit. 13 über Verletzungen der Ehre) hob zwar nur „die Medizinalpersonen und deren Gehilfen" ausdrücklich hervor, richtete sich aber gegen „alle Personen, welche unbefugterweise Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind". Demgegenüber enthält RStGB. § 300 die erhebliche Einschränkung, daß nur gewisse mit der Rechtspflege und gewisse mit der Heilpflege befaßte Personen sowie deren Gehilfen als Subjekte des

Verg. in Betracht kommen. Andere Personen können somit, worin die GM. übereinstimmt, aus § 300 nicht bestraft werden; vgl. N. 5 Ic. Das gilt selbst von solchen, unter die Gattungen des § 300 nicht mitbegriffenen, Personen, denen die Verschwiegenheit über gewisse Angelegenheiten gesetzlich zur Pflicht gemacht ist, wie z. B. durch PrALR. II 11 § 80 den, vom PrStGB. § 155 hauptsächlich mitgemeinten (Goltd. Mat. 2 328), Geistlichen die Geheimhaltung des ihnen bei Ausübung der Seelsorge Anvertrauten, in Ansehung dessen ihnen auch nach StPO. § 52, MStGO. § 188 u. ZPO. § 383 die unbedingte Berechtigung zur Zeugnisverweigerung zusteht; Oppenh.-D. N. 1.

Liegt der Schwerpunkt des Tatbestandes in der Offenbarung eines Privatgeheimnisses seitens desjenigen, dem solches kraft seines Berufs anvertraut wurde (vgl. die Motive), so ist daraus zu folgern, daß § 300 Anwendung findet einmal auch auf ausländische Ärzte ꝛc., wenn sie die Tat im Inlande begehen (so auch Oppenh.-D. N. 2, während Merkel HH. 3 845 nur hervorhebt, daß es auf die in den D. Bundesstaaten gebräuchlichen Bezeichnungen nicht ankomme), ferner aber auch dann noch, wenn die btr. Person zur Zeit der Offenbarung des ihr bei Ausübung ihrer Berufspflicht anvertrauten Geheimnisses den Beruf bereits aufgegeben hat; letzteres ergibt eine sinngemäße extensive Interpretation; so: Hippe G. 46 289, Fromme Rechtl. Stllg. d. Arztes S. 11; aM. Oppenh.-D. N. 5.

5) Die einzelnen Personengattungen zerfallen in:

I. Mit der Rechtspflege befaßte Personen, und zwar:

a) „Rechtsanwalte"; die Eigenschaft eines inländischen Rechtsanwaltes bestimmt sich nach der RAO. §§ 1 ff. dahin, daß Rechtsanwalt eine zum Richteramte befähigte Person ist, welche seitens der Landesjustizverwaltung eines Bundesstaates bei einem Gerichte desselben zur Rechtsanwaltschaft zugelassen worden ist.

b) „Advokaten"; nach inländischem Rechte gibt es solche nicht mehr (s. jedoch u. III).

c) „Notare"; wer in D. Notar sei, bestimmt sich nach der Gesetzgebung des betreffenden Bundesstaates. Zu Unrecht wird von Hälschner 2 217 deshalb, weil es allerdings auf die in den verschiedenen Bundesstaaten für die betreffenden Stellungen gebräuchlichen Bezeichnungen nicht ankommt (N. 4), angenommen, daß „Notar" alle „Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" umfasse; richtig Hippe G. 46 287; ein derartiger richterlicher Beamter, desgleichen ein Gerichtsvollzieher, wird niemals als „Notar" angesehen werden können; eine analoge Ausdehnung der Anwendung des § 300 auf solche Personen ist aber ausgeschlossen (N. 1, 4_2).

d) „Verteidiger in Strafsachen"; wer vor einem D. Gerichte als solcher auftreten kann, ergeben die §§ 138, 139, 144 der StPO. (vgl. jedoch N. 7_2) sowie MStGO. § 341.

II. Mit der Heilpflege befaßte Personen, und zwar:

a) „Ärzte, Wundärzte". Unter ersteren sind, wie die Nebeneinanderstellung mit „Wundärzten" ergibt, nicht sämtliche Medizinalpersonen i. S. der GewerbeO. §§ 29_1, 147^3 zu verstehen; man wird den Ausdruck auf alle mit der Behandlung menschlicher Krankheiten sich befassenden Ärzte zu beziehen haben, deshalb auch auf „Zahnärzte" (Hippe G. 46 287), dagegen nicht auf „Tierärzte"; so: Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 1, Hippe aO., Fromme Rechtl. Stllg. d. Arztes S. 11; aM. v. Schwarze N. 2. Nach der GewerbeO. § 29_1 bedürfen die Ärzte (Wundärzte) einer Approbation, und der Titel als „Arzt" kommt nach § 147^3 das. nur den „geprüften Medizinalpersonen" zu; hiernach wird, soweit es um einen Gewerbebetrieb in D. sich handelt, nur ein approbierter Arzt aus § 300 sich strafbar machen können, da anzunehmen ist, daß das StGB., soweit es überhaupt inländische Ärzte im Auge hat, der technischen Bezeichnung sich bedient habe; so: Frank N. IV, Rubo N. 2, auch Liebmann Pflicht d. Arztes S. 41 aus inneren Gründen.

b) „Hebammen" und c) „Apotheker". Nach GewerbeO. § 29_1 bedürfen die „Apotheker" einer „Approbation", nach § 30 letzt. Abs. das. die „Hebammen" eines „Prüfungszeugnisses"; trotzdem ist die Führung dieser Bezeichnungen nicht, wie die Beilegung des Titels als „Arzt", unter eine entsprechende Strafbestimmung gestellt. Dennoch aber wird anzunehmen sein, daß i. S. des § 300 nur geprüfte Hebammen u. approbierte Apotheker zu verstehen seien; so Hippe aO. S. 288; aM. Rubo N. 4 btr. d. Hebammen.

III. Bezüglich der im **Auslande** ansässigen und dort handelnden Rechtsanwalte, Advokaten rc. sowie Ärzte rc. (N. 4) entscheidet das Recht des betreffenden auswärtigen Staates; vgl. Binding Lb. **1** 126 N. 1.

6) Die „**Gehilfen**" der in N. 5 bezeichneten Personen können gleichfalls Subjekte des Verg. sein. Dabei ist, nach den Motiven, namentl. an diejenigen der Apotheker, Ärzte und Hebammen, sowie der Rechtsanwalte gedacht, „weil dieselben infolge ihrer, wenngleich nebensächlichen, Mitwirkung häufig in gleichem Maße in die Geheimnisse der hilfesuchenden Personen eingeweiht sind wie die Prinzipale selbst, wie andererseits diese selbst nicht selten unbedingt auf die Unterstützung ihrer Gehilfen angewiesen sind und auf ihre Verschwiegenheit sich ebenso wie die Hilfesuchenden selbst verlassen müssen". Wg. des Bureauvorstehers eines Notars als seines Gehilfen vgl. RG. V 3S. 9. Mai 03 EJS. **54** 360.

7) Die Privatgeheimnisse müssen den in N. 5 u. 6 bezeichneten Personen kraft ihres „**Amtes, Standes oder Gewerbes**" anvertraut sein (N. 3, 4). Der Gebrauch des Wortes „Stand" in Abweichung von der sonst gebrauchten Wendung „Amt, Beruf oder Gewerbe" (vgl. z. B. § 222 N. 7) erscheint gerechtfertigt, weil damit Personen bezeichnet werden sollen, die vermöge der erkennbaren Abgrenzung ihres Berufes einen „Stand" bilden. Im einzelnen bezieht sich: „**Amt**" auf die inländischen Notare (N. 5 I c), die nach § 359 „Beamte" i. S. des StGB. sind, „**Stand**" auf die Rechtsanwalte und Advokaten (N. 5 I a, b), „**Stand**" und „**Gewerbe**" auf die Ärzte, Wundärzte, Hebammen u. Apotheker (N. 5).

Aus den hervorgehobenen Worten folgert Oppenh.-D. N. 3, daß nur solche Personen hierher gehören, die aus der btr. Tätigkeit in bleibender Weise ein Geschäft machen. Diese Ansicht erscheint jedoch in Hinsicht auf die „Verteidiger in Strafsachen" (N. 5 I d) nicht richtig (Hippe G. **46** 286); denn wenn auch auf diese in ihrer Gesamtheit keiner jener Ausdrücke im engsten S. paßt, so wird man doch die Verteidgg. in Strafsachen als ein öffentl. „**Amt**" in dem weiteren S. des § 31_2 anzusehen haben und wird sonach § 300 ev. gegen jeden Verteidiger in Strafsachen Anwendung finden müssen, auch wenn er nicht ein „Rechtsanwalt" oder ein nach Maßgabe der RAO. § 25 zum Vertreter desselben bestimmter Rechtskundiger sein sollte. Die StPO. § 52[2] und ihr sich anschließend MStGO. § 188[2] hat einen Zweifel durch eine zweckmäßigere Fassung („Verteidiger . . ., in dieser ihrer Eigenschaft anvertraut ist") ausgeschlossen.

Übrigens kommt ausschließlich dann, wenn der Täter ein **inländischer** Notar ist, § 4[1] zur Anwendung; denn nur in diesem Falle hat der Täter die strafb. Hdlg. „als Beamter des DR. o. eines Bundesstaats" begangen; dagegen trifft dieses weder zu, wenn ein Arzt rc., der zugleich Beamter ist, ein ihm in seiner Eigenschaft als Arzt rc. anvertrautes Privatgeheimnis offenbart, noch, wenn ein „Verteidiger in Strafsachen" einen bezüglichen Vertrauensbruch begeht, denn er ist deshalb nicht „Beamter", obschon er ein „Amt" verwaltet (vgl. § 31 N. 10), und die etwa zufällig vorliegende Beamteneigenschaft, z. B. eines Rechtslehrers an einer D. Hochschule, kommt hier sowenig wie beim Arzt rc. in Betracht.

8) Die Hdlg. selbst besteht in der „unbefugten" (N. 9) „**Offenbarung**" des Privatgeheimnisses. „Offenbaren" ist nicht gleichbedeutend mit „veröffentlichen" (§ 360 Nr. 1 d), erfordert sonach nicht, daß das Geheimnis dem Publikum zugänglich gemacht werde, sd. verlangt nur seine Mitteilung an irgendeinen anderen; Mittermaier ZStrW. **21** 210. Der Begriff wird durch **jede** solche Mitteilung erfüllt; RG. IV 26. Juni 94 G. **26** 5, Frank N. III, Günther Verschwiegenheitspfl. S. 21, Mittermaier aO. 211; vgl. auch Hippe G. **46** 290, der im Falle der Bekanntgabe an Dritte im **Interesse** des Beamten rc. dessen zu ergänzende Erlaubnis und daher keine strafb. Offenbarung annimmt. Eine andere Frage ist, ob auch eine solche Offenbarung „unbefugt" (N. 9) sei.

Der Ausdruck „Offenbarung" wird dazu berechtigen, die auch an verschiedene Personen zu verschiedenen Gelegenheiten erfolgte Kundgebung desselben Geheimnisses häufig als eine jurist. Einheit (§ 73 N. 7 b) zusammenzufassen (Binding Hb. **1** 559 N. 47, Günther aO.), während andererseits zweifellos auch eine Mehrheit selbständiger Hdlgen (§ 74) vorliegen kann, da nach dem Begriffe der Offenbarung keineswegs durch die Kundgebung die

Natur des Mitgeteilten als „Geheimnis" mit Notwendigkeit aufgehoben wird; Mittermaier aO.

9) Die Offenbarung muß eine „unbefugte", d. h. widerrechtliche sein (§ 123 N. 14); so: RG. VI StS. 19. Jan. 03 E3S. 53 315, Binding Lb. 1 126, 128, v. Liszt S. 407; vgl. dagegen Mittermaier ZStrW. 21 220 ff., sowie Gf. z. Dohna Rechtswidrigkeit S. 114 u. H. Groß ArchKrimAnthr. 13 245. Das ist sie aber, da das Geheimnis dem Betreffenden bei Ausübung der Berufspflicht anvertraut wurde, stets, wenn sie gegen den Willen des Anvertrauenden geschieht, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen eine Offenbarung auch ohne diese Zustimmung entweder gebieten oder wenigstens für zulässig erklären. Ersteres geschieht namentl. durch die dem § 139 zugrunde liegende Norm (vgl. auch SprengstoffG. § 13); so: RG. II 16. Mai 05 E. 38 62, zit. VI StS. E3S. 53 315, Binding aO. 127, Hälschner 2 218, Merkel S. 350, Rubo N. 9; aM. Bendix G. 52 9 (bei der Fassung des §. befreie nicht der Nachweis einer Befugnis, sd. nur der, daß alle Befugnisse vorlägen); ferner durch G. btr. die Bekämpfg. gemeingefährl. Krankheiten v. 30. Juni 1900 §§ 2[1], 45[1]. Letzteres geschieht — wie allerdings nur unter Anerkennung der Zweifelhaftigkeit der Frage behauptet werden kann — durch die Vorschriften der StPO. § 52[2,3], MStGO. § 188[2,3] sowie der ZPO. § 383[5] (vgl. freilich auch Abs. 3 das.); denn indem sie die dort bezeichneten Personen nur für „berechtigt" erklären, ihr Zeugnis, außer im Falle ausdrücklicher Entbindung von der Verschwiegenheit, zu verweigern, so ergibt sich daraus, daß die Offenbarung des Geheimnisses bei der Zeugnisablegung nicht widerrechtlich ist; so die GM. (neuerdings insbs. Beling Beweisverbote als Grenzen d. Wahrheitserforschung S. 20 u. Verbrechen S. 168), während v. Schwarze N. 5 nur annimmt, daß der Nichtgebrauch des Rechtes zur Zeugnisverweigerung nicht ohne weiteres hinreiche, das Zeugnis als eine „unbefugte" Offenbarung zu charakterisieren; ähnlich Hippe G. 46 291, der das pflichtmäßige Ermessen des Anwalts entscheiden lassen will, unter Berücksichtigung der Wichtigkeit der Strafsache; aM.: Liebmann Pflicht d. Arztes S. 7 (vgl. auch S. 49 f.), Günther Verschwiegenheitspfl. S. 27, Bendix G. 52 12, Simonson DJZ. 9 1014 (insbs. mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte der Prozeßgesetze ZPO. § 383, StPO. § 52); vgl. auch N. 1 zu dem zit. RG. VI StS. E3S. 53 317.

Ein Recht zur Offenbarung kann namentl. auch in Fällen einer Pflichtenkollision bestehen, so namentl. falls der Betreffende durch Nichtoffenbarung einer Verletzung seiner Berufspflicht sich schuldig machen würde; so btr. der Ärzte zit. RG. E. 38 62 u. ähnlich E3S. 53 315.

Die Frage, ob die Verfolgung lediglich wissenschaftlicher Interessen, namentl. seitens der Ärzte, die Offenbarung von Privatgeheimnissen, insbs. durch Mitteilung von Fällen aus der Praxis, als eine „befugte" erscheinen lasse, ist zu verneinen; das wissenschaftliche Interesse ist an sich nicht geeignet, ein der Offenbarung entgegenstehendes Verbot zu beseitigen; dementsprechend wurde auch im RT. ein die Abänderung des § 300 im Interesse der Ärzte bezielender Antrag abgelehnt (StB. S. 732 ff.). So: Merkel HH. 3 845, H. Meyer S. 624, Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 7, Günther aO. 28, Hippe aO. 293. AM. Wahlberg HRl. „Ärztl. Verbr." sowie v. Schwarze N. 2 u. StB. aO., insofern sie § 300 nicht für anwendbar erachten, wenn die Offenbarung lediglich im wissenschaftlichen Interesse mit tunlichster Diskretion erfolgt sei. Richtig ist nur, daß bei Vermeidung jeglicher Bezeichnung, aus welcher die btr. Persönlichkeit kenntlich werden könnte, die Offenbarung eines Privatgeheimnisses überhaupt entfällt.

10) Daß die Hdlg. vorsätzlich geschehen müsse, ist nach der Redaktionsmethode des StGB. (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4) anzunehmen; so: Binding Lb. 1 127, Hälschner 2 218, v. Liszt S. 407, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 8, Hippe G. 46 299, Mittermaier ZStrW. 21 217, gelegentlich auch Berlin KG. 2. Dez. 01 Jahrb. 23 C 84 btr. PrEinkommenstG. v. 24. Juni 91 § 69; aM.: Schütze S. 505 N. 12, Wahlberg HRl. „Ärztl. Verbr.", auch Meves HH. 3 962, ob die Tat aus Vorsatz o. aus Leichtsinn begangen, sei nur Strafzumessungsgrund; ebenso Ortloff Schmollers J. NF. 7 609.

Der Dolus erfordert namentl. das Bewußtsein der mangelnden Befugnis zur Offen-

barung (vgl. § 299 N. 6); RG. II 16. Mai 05 E. 38 62 (auch wohl schon III 22. Okt. 85 E. 13 60, insbs. 64), Binding, Hälschner aO., v. Liszt S. 407, Rüd.-St. aO., Hippe aO. 300 (s. o. N. 10₂). Irrt der Arzt in tatsächl. o. rechtl. Beziehung bezüglich der ihm zustehenden Befugnis, so greift § 59₁ Platz (vgl. jedoch Bendix G. 52 6); das gilt namentl. falls Inhalt u. Tragweite ärztl. Berufspflichten, die neben der Schweigepflicht bestehen (N. 9₂), den Gegenstand des Irrtums bilden; zit. RG. E. 38 62. Dsgl. ist das Bewußtsein davon erforderlich, daß ein „anvertrautes Privatgeheimnis" offenbart werde; zit. RG. E. 38 62 (66), Hälschner, Hippe aO.

Das Motiv ist gleichgültig; es braucht nicht ein an sich „sträfliches" zu sein, wie z. B. die Absicht, zu beleidigen, oder ein schadensüchtiges, sondern es genügt namentl. ein bloßer Leichtsinn oder ein Ausplaudern aus Schwatzhaftigkeit; so außer den Motiven: Binding, Hälschner aO., Merkel S. 350, v. Schwarze N. 4.

11) Ein Strafantrag (§§ 61 ff.) ist nach Abs. 2 Bedingung der Strafverfolgung. Antragsberechtigter ist nicht schon der, dessen Interessen durch die Offenbarung des Geheimnisses verletzt werden; so die überwiegende M., insbs. RG. III 22. Okt. 85 E. 13 60; aM.: Finger 1 193 N. 257, v. Liszt S. 407, H. Meyer S. 624, Frank N. VI, Oppenh.-D. N. 8, Ressel Antragsber. S. 29, Liebmann Pflicht des Arztes S. 49, Mittermaier ZStrW. 21 205 f. Als durch das Verg. verletzt (§ 61 N. 10 f.) kann vielmehr nur der angesehen werden, dessen Vertrauen durch die Offenbarung getäuscht worden, wodurch nicht ausgeschlossen ist, daß mehr als eine Person die Antragsbefugnis besitzen kann, z. B. dem Hausarzte gegenüber das Familienhaupt und das btr. Familienglied; so: zit. RG. E. 13 60, Binding Hb. 1 626 u. Lb. 1 128, Merkel S. 350, v. Schwarze N. 6, Köhler Strafantrag S. 51, Hippe G. 46 284, 300; ähnlich Rüd.-St. N. 5, dem Günther Verschwiegenheitspfl. S. 29 sich anschließt. Eine Nachfolge in die Antragsberechtigung ist hier ebensowenig wie sonst (§ 61 N. 11) zulässig; man muß die Berechtigung zur Antragstellung folglich auf den Anvertrauer beschränken und kann nicht ev. auch seinen Rechtsnachfolger für antragsberechtigt halten; so jedoch Hälschner 2 219, der jedem, dem z. B. die Befugnis zusteht, über die Offenbarung des Geheimnisses Bestimmungen zu treffen, die Antragsberechtigung zuspricht; ebenso wie dieser: Oppenh.-D. N. 8, Reber Antragdel. S. 155, 398, Köhler aO.

12) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. bis 3 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28₂ (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach § 29₂ nicht mehr als 3 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ (das. N. 4) in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73¹, 75¹⁴.

§. 301.

Wer in gewinnsüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben Schuldscheine, Wechsel, Empfangsbekenntnisse, Bürgschaftsinstrumente oder eine andere, eine Verpflichtung enthaltende Urkunde ausstellen oder auch nur mündlich ein Zahlungsversprechen ertheilen läßt, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrG. v. 3. März 1857 § 1. Entw. I §§ 263, 265, II §§ 297, 299. Aktenst. Nr. 92, 119 3, 182 44. StB. S. 733—735, 737 f., 1175.

Zu §§ 301, 302. N. 1—4.

1) Die §§ 301, 302, wegen deren Verhältnisses zu den §§ 302a—d die N. 4 zum § 302a zu vergleichen, bezwecken einen strafrechtl. Schutz gegen die gewinnsüchtige Benutzung des Leichtsinns und der Unerfahrenheit eines „Minderjährigen"; vgl. deshalb

einerseits § 65 N. 4 (btr. der Wirkung der Großjährigkeitserklärung ebenso: Binding Lb. 1 447, Merkel HH. 3 847, Oppenh.-D. N. 2; aM.: Frank N. II, Freudenstein WucherG. S. 163), andererseits § 55 N. 3.

2a) Objektiv muß „unter Benutzung" (nicht „Ausbeutung", wie im Falle des § 302a; das. N. 11) „des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit" (vgl. § 302a N. 10b, c) des Minderjährigen ein Geschäftsabschluß mit ihm zustande gekommen sein; eine alternative Feststllg. bezüglich der hervorgehobenen beiden Merkmale erscheint zulässig (§ 47 N. 29); Wertheimer Mischgesetze S. 62. Von selbst ergibt sich hieraus das Erfordernis, daß das Geschäft wesentlich zu ungunsten des Minderjährigen lauten muß; so: v. Liszt S. 478 (Notwendigkt. d. Vermögensbeschdbgg.), Merkel HH. 3 847, Rüd.-St. N. 2; aM. Hälschner 2 429, wucherl. Übervorteilung sei kein wesentliches Erfordernis. Die gleichzeitige elterliche oder vormundschaftliche Genehmigung wird im Zweifel jenes Tatbestandsmerkmal ausschließen; RG. III 18. Feb. 82 E. 6 47. Trotz ihrer kann es aber namentl. dann vorliegen, wenn der Vormund xc. als Mitschuldiger des Täters auftritt; Hälschner 2 429 N. 2, v. Schwarze N. 6, Freudenstein WucherG. S. 163.

b) In subjektiver Hinsicht wird zunächst, als Tatbestandsmerkmal, ausdrücklich die „gewinnsüchtige Absicht" (§ 133 N. 8) gefordert und zwar als das den Täter antreibende Motiv; so: Birkmeyer HRl. „Gewinnsücht. Absicht", v. Liszt S. 478, Frank N. II; aM. Binding Lb. 1 447, Absicht sei gleich Vorsatz. Schon in der Absicht, durch den Wechsel, zu dessen Ausstellung der Minderjährige veranlaßt wurde, Sicherstellung einer an sich begründeten Forderung gegen den letzteren zu erlangen, kann das Merkmal der Gewinnsucht gefunden werden; RG. III 18. Feb. 82 E. 6 47. Die Vorsätzlichkeit des Verg., die durch das Erfordernis der gewinnsücht. Abs. und das Wort „Benutzung" außer Zweifel gestellt ist, erfordert namentl. die Kenntnis der Minderjährigkeit, was bedingt, daß der Täter, wenn es um einen Ausländer sich handelt, der nach seinem Heimatsrecht (§ 65 N. 4) erst später als mit vollendetem 21. Lebensjahre großjährig wird, auch die Eigenschaft des Betreffenden als Ausländers sowie das ausländische Recht gekannt haben muß. Es genügt jedoch Eventualdolus; so auch Merkel S. 339 hinsichtl. der Minderjährigkt.

3) Sowohl in objektiver (N. 2a), wie in subjektiver (N. 2b) Beziehung wird ein über das zeitliche Zusammentreffen hinausgehender Zusammenhang der Merkmale des Ausstellen-, bzw. Versprechenerteilen-Lassen einerseits und des Leichtsinns und der Unerfahrenheit andererseits vorausgesetzt; ein solcher liegt nur da vor, wo der Leichtsinn xc. zur Herbeiführung der Ausstellung der Urk. bzw. des Zahlungsversprechens mitgewirkt hat und der Täter des Charakters seiner Hdlg. als einer Benutzung dieser o. jener Eigenschaft des Minderjährigen sich bewußt gewesen ist; RG. II 19. Apr. 98 E. 31 118.

4) Nach dem N. 1 i. V. mit dem in N. 9b zum T. I Abschn. 3 Bemerkten ist eine strafbare Teilnahme des Minderjährigen selbst an den Verg. aus §§ 301, 302 nicht denkbar; so: Merkel S. 339, v. Kries ZStrW. 7 527, im Ergebnis auch Binding Hb. 1 361 N. 15 u. Lb. 1 448 (wegen „Subsidiarität der Verbrechensform"), gelegentlich auch RG. II 30. Nov. 88 E. 18 273 (insbs. 281).

Zu § 301. N. 5—8.

5) Der § 301 enthält einen Mischtatbestand. Das mit dem Minderjährigen abgeschlossene Geschäft muß bestehen:

a. entweder in der Ausstellung einer, eine Verpflichtung enthaltenden, Urkunde seitens des Minderjährigen. Urk. ist hier im technisch-juristischen S. zu verstehen (§ 267 N. 3). Bei der „Verpflichtung" kann es sich, nach den besonders hervorgehobenen Urk.: „Schuldscheinen, Wechseln, Empfangsbekenntnissen, Bürgschaftsinstrumenten", nur um eine solche „zur Zahlung einer Geldsumme oder Gewährung geldwerter Sachen" handeln, wovon § 302 auch ausdrücklich spricht; aM. Geiershöfer Wucherr. S. 39. Was insbs. die „Empfangsbekenntnisse" betrifft, so ergibt sich von selbst, daß darunter solche Bekenntnisse, die eine Verpflichtung begründen, nicht aber Quittungen zu verstehen sind; Merkel HH. 3 847;

b. oder in der **mündlichen Erteilung eines Zahlungsversprechens**. Letzteres muß eine Geldsumme zum Gegenstande haben, denn nur dazu paßt der technische Ausdruck „Zahlung"; Merkel HH. 3 847. Ein solches Versprechen liegt aber auch vor bei der Zusage der Bezahlung einer auf Kredit für die Erfüllung einer Leistung, die Lieferung oder den Verkauf eines Gegenstandes 2c. einzugehenden Schuld; RG. II 19. Apr. 98 E. 31 118. Aus dem Worte „mündlich" folgert Freudenstein WucherG. S. 164, daß Versprechen „durch schlüssige Hdlgen" nicht in Betracht kämen; allein zu Unrecht, da damit offenbar nur der Gegensatz zur Ausstellung einer „Urkunde", also zur ersteren Alternative, bezeichnet wird und deshalb ist damit, ähnlich wie im § 49a (das. N. 11_2), jedes nicht urkundlich erteilte Versprechen gemeint; ein durch schlüssige Hdlgen erteiltes steht dem durch Worte erteilten gleich; so zit. RG. E. 31 118 u. jetzt auch Oppenh.-D. N. 8.

Das Ausstellen- bzw. Versprechenerteilen-**Lassen** bedingt keine Initiative des Kreditgewährenden, vielmehr kann diese auch von dem Minderjährigen ausgegangen sein (vgl. §§ 302 N. 2a, 302a N. 11_3); zit. RG. E. 31 118, Binding Lb. 1 448, Oppenh.-D. N. 6; auch Frank N. III unter der Voraussetzung, daß die Leistung des Versprechens auf die **Benutzung** der Unerfahrenheit 2c. des Minderjährigen zurückführbar sein müsse. Ob die Annahme ausdrücklich o. durch schlüssige Hdlgen erfolgt, ist gleichgültig; zit. RG. E. 31 118.

6) **Vollendet** ist das Verg. in dem Augenblick, wo der Minderjährige die Urk. ausstellte, z. B. das Wechselformular mit seinem Blankoakzept versah, ohne Rücksicht darauf, daß die Ausfüllung und Begebung des Wechsels erst nachfolgte, oder wo er das Zahlungsversprechen erteilte. Dem so vollendeten Geschäft gegenüber ist die nachträgliche Genehmigung des Geschäftes durch den Vater 2c. (N. 2a) bedeutungslos; RG. III 18. Feb. 82 E. 6 47.

7) Ein **Strafantrag** ist nach Abs. 2 Bedingung der Strafverfolgung. **Verletzter** ist lediglich der Minderjährige, deshalb auch nur dieser antragsberechtigt (§ 61 N. 10); während der Minderjährigkeit greift jedoch § 65 Platz. So die GM.; vgl. auch den Fall von RG. III 18. Feb. 82 E. 6 47, wo der Minderjährige als Antragsteller auftrat.

Bezüglich des **Beginnes** der Antragsfrist führt das zit. RG. zutreffend aus, daß sie erst zu laufen beginne, wenn dem Minderjährigen zum Bewußtsein gekommen, daß eine strafb. Ausnutzung seines Leichtsinns oder seiner Unerfahrenheit in gewinnsücht. Absicht vorliege; Binding Lb. 1 447, Hälschner 2 429, Frank N. III.

8) Die **Strafe** ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 46) oder Geldstrafe von 3—1500 M. (§ 27); die für den Fall der **Unbeibringlichkeit** an die Stelle der letzteren tretende Gefängnisstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 6 Mt. betragen.

Die **Strafverfolgung verjährt** nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 75^{14}.

§. 302.

Wer in gewinnsüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen die Zahlung einer Geldsumme oder die Erfüllung einer anderen, auf Gewährung geldwerther Sachen gerichteten Verpflichtung aus einem Rechtsgeschäfte versprechen läßt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher sich eine Forderung, von der er weiß, daß deren Berichtigung ein Minderjähriger in der vorbezeichneten Weise versprochen hat, abtreten läßt.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

PrG. v. 2. März 1857 § 2. Entw. I §§ 284, 285, II §§ 298, 299. Aktenst. Nr. 92, 119 8, 9. StB. S. 735—738.

1) § 302 enthält zwar materiell einen qualifizierten Fall des § 301 (vgl. deshalb das. N. 1—4), nicht aber bildet § 302 formell i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 einen straferhöh. Umst. zum § 301.

2) Die äußere Handlung besteht im Falle des Absatzes 1 darin, daß der Täter sich von dem Minderjährigen:

a. „unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich" (vgl. § 153 N. 1) oder „unter ähnlichen Versicherungen oder Beteuerungen", d. h. unter solchen die eine ähnlich bindende Kraft, wie das Ehrenwort oder der Eid, auszuüben pflegen (Merkel HH. 3 846); vgl. auch § 302b N. 1, 2c;

b. „die Zahlung einer Geldsumme" oder „die Erfüllung einer anderen, auf Gewährung geldwerter Sachen" (worunter keineswegs nur eine analog dem Gelde umlaufende Sache, wie z. B. ein Börsenpapier, sondern vielmehr jede Sache zu verstehen ist, deren Verwertung gegen Geld möglich ist; Merkel aO., Oppenh.-O. N. 2, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 5) „gerichteten Verpflichtung", nicht aber, wie im § 301, auch einer solchen auf zu leistende Hdlgen (Hälschner 2 429);

c. „versprechen läßt" (§§ 301 N. 5 letzt. Abs., 302a f., 331 N. 4b), gleichgültig, ob der Täter den Minderjährigen zu einem derartigen Versprechen bestimmte oder ob dieser zu demselben sich erbot; Geyer 2 69, Hälschner 2 430.

3) Absatz 3 richtet sich gegen den neuen Gläubiger, der eine Forderung der in N. 2 bezeichneten Art mit Kenntnis des Sachverhalts sich abtreten läßt (vgl. BGB. §§ 398 ff.). Das Gesetz unterscheidet zwischen bloß formeller und materieller Abtretung nicht, so daß man, namentl. in Berücksichtigung des dem Abs. 3 zugrunde liegenden Gedankens, auch eine Scheinabtretung wird für genügend erachten müssen; Rubo N. 6. Übrigens wird dem Sinne des Gesetzes nach auch für die Strafbarkeit des Zessionars zu verlangen sein, daß er „in gewinnsüchtiger Absicht" handele; Frank N. zu § 301.

4) Wegen des nach Abs. 4 erforderlichen Strafantrages vgl. § 301 N. 7.

5) Die Hauptstrafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) oder Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27). Neben jener kann nach Abs. 2 i. V. mit § 32 VbER. erkannt werden. Wegen „dieselbe Straftat trifft" (Abs. 3) vgl. § 49a N. 21_2.

Die Strafverfolgung verjährt nach $§ 67_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 302a.

Wer unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen mit Bezug auf ein Darlehn oder auf die Stundung einer Geldforderung oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirthschaftlichen Zwecken dienen soll, sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, wird wegen Wuchers mit Gefängniß bis zu sechs Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 263. Entw. I, II (fehlt). Entw. d. WucherG. v. 24. Mai 1880 Art. 1 § 302a. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58. StB. 1880 S. 827—887.

Entw. d. WuchergänzungsG. v. 19. Juni 1893 Art. I § 302a. Drucks. II S. 1892/93 Aktenst. Nr. 70, 141. StB. II S. 1892/93 S. 1841—1849.

Vgl. §§ 302b, 302c, 302d.

Zu §§ 302a—e. N. 1—4.

1) Zuf. Art. 1 des G. btr. den Wucher v. 24. Mai 1880 (RGBl. S. 109) sind hinter § 302 die §§ 302a—d eingestellt worden, von denen die §§ 302a u. d durch Art. I des G. btr. Ergänzung d. Bestimmungen über d. Wucher v. 19. Juni 1893 (RGBl. S. 197) eine veränderte Fassung erhielten; durch Art. I des letzteren G. wurde zugleich noch § 302e neu eingestellt (vgl. o. S. 32 unter VIIa u. b).

Durch die nunmehrige Regelung der Materie des Wuchers im StGB. ist das früher in Elsaß-Lothringen gültige, auch durch das StGB. in seiner früheren Fassung nicht beseitigte (ROHG. 7. Sept. 72 Entsch. 24 69) G. über den Gewohnheitswucher (loi relative au délit d'usure) v. 19. Dez. 1850 zufolge Art. II des EGEls.-Lothr. außer Kraft getreten.

2) Die sämtlichen §§ 302a—e betreffen den Wucher i. w. S., wie aus dem — durch EGBGB. Art. 47 aufgehobenen — Art. 3 des WucherG. in seiner Fassung zuf. G. v. 19. Juni 1893 (N. 1) erhellt, speziell aber für § 302c durch das in § 302d zuf. des ErgänzungsG. eingeschaltete Zitat klargestellt wird.

Das Verhältnis der §§. untereinander btr. so behandeln: §§ 302a, b den, wesentlich als sog. Kreditwucher sich darstellenden, Wucher i. e. S. und zwar § 302a den einfachen, § 302b den qualifizierten Wucher; § 302c das einfache u. qualifizierte, sog. Nachwuchern; § 302d den gewerbs- u. gewohnheitsmäßigen Wucher i. w. S.; § 302e den sog. Sachwucher.

3a) Wegen der Frage, ob die §§ 302a—e rückwirkende Kraft haben, vgl. die entsprechende N. der 5. Aufl. d. Komm. sowie Binding Lb. 1 453 u. Kitzinger Nachwucher S. 14ff.

b) Unbestritten kann das Versprechen o. Gewährenlassen im Falle einer „Stundung", weil sie eine selbständige Hdlg. ist (N. 7, 14), auch dann unter das WucherG. fallen, wenn sie zwar nach seinem Inkrafttreten gewährt wurde, das ursprüngliche Geschäft aber schon vor jenem Zeitpunkt abgeschlossen war; RG. III 13. Juli 81 E. 4 390.

4) Mit den Vergehen aus §§ 301, 302 kann Idealkonk. (§ 73) eintreten, wenn der Bewucherte ein „Minderjähriger" ist; so Rüd.-St. §§ 302a—d N. 4; aM. Binding Hb. 1 354 u. Lb. 1 445 N. 3, die verbotene Ausbeutung anderer sei entweder als Ausbeutung leichtsinniger rc. Minderjähriger oder als wucherl. Ausbeutung irgend jemandes strafbar, derartig, daß bei Bewucherung eines Minderjährigen allein die schärferen §§ 302a ff. zur Anwendung kämen.

Zu § 302a. N. 5—16.

5) Subjekt des strafb. Wuchers kann ein jeder sein, namentl. auch ein konzessionierter öffentlicher Pfandleiher (RG. III 5. Jan. 81 E. 3 176; s. u. N. 9₂) oder der Vertreter eines Geldinstitutes rc. (Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze WucherG. S. 42).

Die Täterschaft ist nicht lediglich auf die Person des Gläubigers selbst beschränkt; entscheidend ist der innere Zusammenhang zwischen der Kapitalshingabe und den Leistungen des Schuldners; ist jener gegeben, so ist es gleichgültig, ob bei dem Abschlusse des Geschäfts der Gläubiger persönlich in den Vordergrund tritt und sich oder, behufs Umgehung des Gesetzes, einem Dritten die Vorteile versprechen läßt, oder ob ein Dritter, etwa in der Rolle des Vermittlers, im gemeinsamen oder auch nur im alleinigen Interesse des Gläubigers die Ausbeutung des Schuldners vornimmt; RG. I 19. Jan. 82 (nicht 81), III 25. Jan. 83, E. 5 366, 8 17, Hälschner 2 433, v. Schwarze N. 1 A. 3; z. Teil abweichend Frank N. v. Ob der Vermittler nunmehr auch als solcher unter das Gesetz falle, ist streitig, jedoch nach der historischen Entwickelung des Wucherbegriffes in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte der neuen Fassung des § 302a zu verneinen (vgl. jedoch § 302e N. 2₂); so: RG. IV 27. März, 29. Sept. 96, E. 28 288, 29 78, II 14. Dez. 97 G. 46 47, ferner IV 4. Feb. 02 E. 35 111, auch für den Fall einer Mittäterschaft (§ 47) des Vermittlers, u. grundsätzlich ebenso I 4. Mai 03 E. 36 226 (wenn auch nach Lage des Falles bei sonstiger Teilnahme des Vermittlers an dem Verg. Verurteilung wg. Mittätersch. gebilligt wurde); endlich Koffka WucherG. N. 5e; aM.: Barre WucherG. N. 4, Henle WucherG. N. 8, Kronecker GruchotsBeitr. 38 777; bedenklich auch Frank N. II 2.

6) Der Tatbestand der strafb. Hdlg. erfordert zunächst, daß der Täter „sich oder einem Dritten" (§ 263 N. 48) „Vermögensvorteile versprechen" oder „gewähren"

(§ 180 N. 5) läßt. Die juristische Vollendung der Hdlg. tritt mit dem Abschluß des wucherischen Geschäfts ein; Hälschner 2 438, Merkel S. 340. Es erscheint übrigens nicht ausgeschlossen, daß ein mittels Versprechenlassens von Vermögensvorteilen begonnener Wucher durch Annahme der versprochenen Vorteile, also ein Sichgewährenlassen in diesem Sinne, fortdauert, derartig, daß eine auf Erlangung dieser Vorteile gerichtete Beihilfe als Beih. zum Wucher (§ 49) strafbar sein kann (vgl. RG. IV 5. Mai 91 E. 32 143), während das „Sichgewährenlassen", soweit es selbständig den Tatbestand begründet, nur auf die Gewährung nicht vorher versprochener Vermögensvorteile zu beziehen sein wird; vgl. die an sich die Frage der rückwirkenden Kraft (N. 3a) behandelnden RG. II 26. Apr., 30. Dez. 81, E. 4 109, R. 3 846 sowie das zit. E. 32 143. Wg. „Versprechen 2c. lassen" s. N. 11_3. In welcher Form das Versprechen abgegeben wird, erschien schon nach früherem Recht gleichgültig (RG. II 30. Dez. 81 R. 3 846), um so mehr nach heutigem, da nach BGB. § 138 Abs. 2 alle wucherischen Verträge nichtig sind.

a) Die „Vermögensvorteile" brauchen auch hier so wenig wie im § 263 (das. N. 43) in barem Gelde zu bestehen; RG. III 25. Feb. 90 E. 20 279 (unter V. seien sowohl die gewährten als die seitens des Schuldners versprochenen zu verstehen). Allein da sie zu dem „üblichen Zinsfuße" (N. 9_2) in Beziehung gebracht sind, so müssen sie jedenfalls in Geld schätzbar sein (Freudenstein WucherG. S. 38, Simonson Vorteil S. 84 f.), was namentl. auch Anwendung auf nur bedingt zugesicherte Vermögensvorteile findet, die an sich nicht ausgeschlossen erscheinen; zit. RG. E. 20 279.

b) Was die Person des die Vermögensvorteile Versprechenden oder Gewährenden anbetrifft, so braucht nicht notwendig Identität mit dem Schuldner — dem Darlehnsempfänger vorzuliegen; auch ein in seinem Interesse handelnder Dritter kann der Versprechende 2c. sein; Freudenstein, Simonson aO., Koffka WucherG. N. 6. Ebensowenig erscheint erforderlich, daß der Versprechende eine einzelne physische Person oder eine Mehrheit solcher sei, vielmehr wird der Tatbestand auch dann vorliegen können, wenn eine Gesellschaft oder selbst eine juristische Person das Versprechen leistet.

7) Der Täter muß die Vermögensvorteile „mit Bezug auf ein Darlehn oder auf die Stundung einer Geldforderung oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll", erlangen wollen. Durch die an Stelle der alten Fassung („für ein Darlehn oder im Falle der Stundung") getretene neue Fassung („mit Bezug auf") sollte, nach der Begründung der Novelle z. WucherG., „hinsichtlich der Frage des inneren Zusammenhanges zwischen der Kreditgewährung und den Leistungen des Schuldners einer zu engen Auslegung des Gesetzes vorgebeugt werden". Demgemäß haben die älteren Entsch. des RG., die das Vorliegen des früheren Erfordernisses, daß die Vermögensvorteile materiell das Entgelt für die Hingabe des Darlehns bzw. für die Stundungsgewährung bilden müßten, in Einzelfällen verneinten, ihre Bedeutung verloren. Allerdings verlangt auch die neue Fassung des Gesetzes einen erkennbaren Zusammenhang zwischen den gewährten Vermögensvorteilen und der Darleihung o. Stundung, allein diese Voraussetzung kann auch dann vorliegen, wenn die Vorteile nicht als direktes Entgelt für die Hingabe des Geldes sich darstellen, sondern erst bei Rückzahlung als Vergütung für die Nutzung des Geldes gewährt wurden; RG. II 30. Apr. 95 E. 27 190. Auf die wirkliche Auszahlung des Darlehns kommt auch jetzt nichts an; die Bestimmung kann deshalb auch Anwendung finden, wenn der Darlehnsvertrag unter Freigebung des Schuldners von seiner eingegangenen Verbindlichkeit wieder aufgehoben wurde; RG. I 27. Okt. 84 R. 6 654. Dsgl. liegt die vom Gesetze verlangte „Beziehung" auf ein Darlehn vor: wenn Vermögensvorteile als Entgelt für die Wiederaufhebung eines abgeschlossenen, aber noch nicht zur Ausführung gelangten Kreditgeschäftes gewährt werden (so: zit. RG. E. 4 104, Fuld WucherG. N. 7, Henle WucherG. N. 8, Kronecker GruchotsBeitr. 38 377; aM. Koffka WucherG. N. 5b); ferner wenn der Darlehnsnehmer auf Verlangen des Darlehnsgebers mit einem Dritten einen Vertrag schließt, wodurch dieser verpflichtet wird, dem Darlehnsgeber die für solche Abschlüsse bedungenen Preise zu bezahlen (RG. I 14. Juli 98 E. 31 239, i. c. btr. Bedingung des Abschlusses eines

Versicherungsvertrages, wodurch der Darlehnsgeber eine ihm zufallende Provision verdiente; diesen Vorteil gewähre ihm der Darlehnsnehmer, weil dieser durch die Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung der Prämie sein Vermögen auch mit der darin steckenden Bezahlung des Agenten für die Vermittelung belaste; ein direkter Übergang des dem Wucherer gewährten Vermögensvorteils aus dem Vermögen des Bewucherten werde vom Gesetz nicht gefordert, wie schon aus dem die verschleierte Vermögenszuwendung mitumfassenden § 302b sich ergebe), endlich wenn der Gläubiger erst beim Rückempfang des Darlehns nicht versprochene Vermögensvorteile sich zusichern o. gewähren läßt (so: zitt. RG. E. 4 202, R. 4 14, Koffka aO. N. 5a; aM. Barre WucherG. N. 4). Wegen des Vermittlers vgl. N. 5.

8a) Unter „Darlehn“ (N. 7) ist, worauf namentl. die Nebeneinanderstellung mit „Geldforderung (b) sowie der Ausdruck Zinsforderung deutet (abweichend von BGB. § 607), lediglich ein Gelddarlehn zu verstehen; so die GM., insbs. RG. II 17. Juni 84 E. 10 432; aM. Freudenstein WucherG. S. 36. Es ist aber Gegenstand tatsächlicher Prüfung, ob es nach den Umständen des Falles um ein Gelddarlehn sich handelt bzw. ob ein solches unter anderen Geschäften verborgen ist; so: zit. RG. E. 10 432 (es könne ein solches auch in der Übereignung von Wechseln gegen das Versprechen, die Wechselsumme nach bestimmter Zeit zu zahlen, gefunden werden), III 8. Okt. 88 E. 18 181 (auch in einer Wechseldiskontierung könne nach Lage des Falles ein Darlehn gefunden werden, wenn die Absicht beim Wechselgeben und -Nehmen auf die Einräumung des zeitweiligen Gebrauches einer Geldsumme, nicht auf definitiven Umsatz der Wechsel gegen Geld gehe). Gleichgültig ist es, ob ein Darlehn aus den eigenen Mitteln des Darleihers gegeben wurde (RG. II 20. Sept. 81, III 25. Jan. 83, E. 5 9, 8 17), bzw. ob der Darlehnsgeber, z. B. ein Pfandleiher, das Darlehn noch durch Hinterlage sichern ließ (so das N. 5 zit. RG. E. 3 176). Von RG. III 25. Mai 81 E. 4 202 wurde das Vorliegen eines Darlehns bejaht btr. des Kaufpreises, der bei einem im Gewerbe eines Pfandleihers bzw. Rückkaufhändlers vorkommenden Rückkaufsgeschäfte („Wiederkauf“ i. S. des BGB. § 497) bezahlt wurde und zwar mit Rücksicht auf GewerbeO. § 34_2 (vgl. § 290 N. 2_2) i. V. mit WucherG. Art. 2 bzw. § 360[12].

b) Was die „Geldforderung“ betrifft, so ist deren Entstehungsgrund gleichgültig; Hälschner 2 432. Die gestundete Forderung braucht deshalb namentl. nicht aus einem Darlehn herzurühren; so das zit. RG. E. 18 181. Zu Unrecht behauptet Koffka WucherG. N. I 3, daß die Geldforderung, deren Stundung in Frage sei, schon vor der Stundung entstanden sein müsse, daß deshalb in den Rechtsgeschäften, in denen dem einen Kontrahenten das auf Grund des Wuchergeschäftes selbst geschuldete Geld kreditiert werde, eine selbständige Stundung nicht enthalten sei; vgl. andererseits aber Kronecker D. Wochenbl. 6 244, Jahresb. d. Berl. Jurist. Gesellschft. 34 93 u. GruchotsBeitr. 38 377.

c) Der auf der Novelle z. WucherG. beruhende Zusatz: „mit Bezug … auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll,“ will — nach der Begründung — „den Geschäftsgebarungen entgegentreten, durch welche die Wucherer die Vorschriften des Gesetzes zu umgehen suchen“, und zwar nicht sowohl durch simulierte Rechtsgeschäfte, die § 302b im Auge hat (aM. jedoch: Rüd.-St. Ergänzungen N. 5, Fuld GS. 49 37), als vielmehr auf nur mittelbarem Wege, wie z. B. wenn dem Geldbedürftigen eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung, die er sich auch erst durch den Verkauf von Mobilien o. Grundstücksparzellen, insbs. im Wege der Privatversteigerung, verschaffen muß, gegen einen weit unter dem wahren Werte bemessene bare Valuta abgekauft wird (einen solchen Fall der Abtretung einer Forderung behandelt RG. I 28. Jan. 97 G. 45 42). Als „wirtschaftliche Zwecke“ kommen, da unter „Darlehn“ lediglich ein „Gelddarlehn“ zu verstehen ist (a), nur solche in Betracht, die — seitens des Darlehnssuchers (RG. I ZS. 2. März 99 EZS. 43 118) — bei der Aufnahme von Gelddarlehnen verfolgt werden; so: RG. II 24. Jan. 96 E. 28 135 (jene Zwecke beständen regelmäßig darin, daß wirtschaftl. Bedürfnisse, zu deren Deckung in der eigenen Wirtschaft kein Geld vorhanden sei, durch Inanspruchnahme der Geldmittel anderer Per-

-sonen befriedigt werden sollten), Frank N. II 1, Kofka WucherG. N. 4, Meisner StRStr-Nebenges. S. 1149 N. 8; aM. Fuld WucherG. N. 10, der dem Gelde andere vertretbare Sachen gleichstellt. Es handelt sich hier juristisch nicht mehr um den sog. Kreditwucher, sondern vielmehr um den für die wirtschaftl. Auffassung, seinem Zwecke u. Ergebnisse nach ihm gleichstehenden sog. Sachwucher (Frank N. II 1), dessen Voraussetzung jedoch die Zurückerstattung der vom Wucherer dem anderen Teile gewährten Sachen nicht bildet; zit. RG. EZS. 43 118, mit der Ausführung, daß der Gegensatz der Ausdrücke „Kredit-" u. „Sach"-Wucher dem Inhalt der §§ 302a u. e nicht entspreche u. für deren Auslegung wertlos sei; dem sich anschließend RG. IV 4. Feb. 02 E. 35 111, das § 302a auf den Kauf einer Forderung gegen bare Valuta anwendet, wie ähnlich schon früher I 26. Apr. 94 E. 25 315 (das jedoch nur den aus § 302e strafb. Wucher als Sachwucher ansieht); hiergegen jedoch als viel zu weit gehend Binding Lb. 1 455, insbs. N. 2.

9) Die Vermögensvorteile müssen „in auffälligem Mißverhältnisse zur Leistung stehen". Mit den hier erwähnten Vermögensvorteilen sind lediglich die gemeint, die der Gläubiger sich versprechen läßt (N. 6); nur „Vermögensvorteil" und „Leistung" des Gläubigers sind bei der Frage des „Mißverhältnisses" als Vergleichsfaktoren in Betracht zu ziehen, während die dem Schuldner aus dem btr. Geschäfte erwachsenden Vorteile nur eine der Unterlagen für Bemessung des Wertes und der Bedeutung der „Leistung" des Gläubigers bilden, indem hierbei nicht bloß die Höhe der von dem Gläubiger gemachten pekuniären Aufwendungen in Betracht kommt; so: RG. III 5. Jan. 85, II 25. Feb. 90, E. 11 388, 20 279 (letzteres btr. der Frage, wie die Vergleichung vorzunehmen, wenn ein Darlehn an die Bedingung geknüpft ist, daß der Darlehnsnehmer dem Geber gleichzeitig Lotterielose abnehme), Binding Lb. 1 457, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze WucherG. S. 60, Simonson Vorteil S. 87 (weil das Gesetz aus dem kriminalpolit. Grunde, daß besonders gg. die Gewissenlosgkt. des Gläubigers eingeschritten werden solle, vorwiegend die Gläubigerseite ins Auge gefaßt habe), Kofka WucherG. N. 17; aM.: v. Liszt S. 481, v. Lilienthal ZStrW. 8 208, Fuld WucherG. N. 15, die den Vorteil, den das Darlehn dem Schuldner gewährt, in Vergleich ziehen mit den Vorteilen, die der Gläubiger sich versprechen läßt.

Das „Mißverhältnis" muß dadurch herbeigeführt sein, daß die Vermögensvorteile des Gläubigers „den üblichen Zinsfuß überschreiten". Dieses Erfordernis gilt — nach der jetzigen Fassung des G. (N. 8c) — auch für den Fall des Abschlusses eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes, das denselben wirtschaftlichen Zwecken, wie Darlehn o. Stundung, dienen soll; handelt es sich aber um die Abtretung sofort fälliger Forderungen o. die Veräußerung körperlicher Sachen, so versagt der Maßstab des „üblichen Zinsfußes" und es wird an seine Stelle, dem Willen des Gesetzes gemäß, der „Wert der Leistung" (§ 302e) gesetzt werden müssen; vgl. Kronecker D. Wochenbl. 6 243 u. Jahresb. d. Berl. Jurist. Gesellschft. 34 92. Der „übliche" Zinsfuß ist übrigens keineswegs der „gesetzliche" (BGB. § 288: 4%, HGB. § 252: 5%) fällt auch nicht notwendig mit dem für Pfandleiher „bestimmten" Zinsfuß zusammen (§ 360[12] N. b, c); RG. II 17. Mai 92 E. 23 121, Binding Lb. 1 458 N. 2; doch ist selbstverständlich, daß, wer zum gesetzlich gestatteten Zinsfuße Darlehne gibt, nicht eines Wuchers sich schuldig machen kann; vgl. das N. 5_1 zit. RG. E. 3 176. Der „übliche" Zinsfuß ist vielmehr derjenige, der nach den maßgebenden Orts- u. Zeitverhältnissen, wozu auch die allg. Kreditverhältnisse gehören, und nach objektiver Natur, insbs. nach dem Zwecke des Geschäftes, als der gewöhnliche sich darstellt (zit. RG. E. 23 121).

Das vorliegende Mißverhältnis muß ein „auffälliges" sein; es sollte hierdurch nach v. Schwarze aO. S. 61 „in charakteristischer Weise das hier vorausgesetzte Übermaß der Vorteile gegenüber der Leistung bezeichnet werden"; es genügt deshalb nicht die Feststllg., daß zwischen den Vermögensvorteilen und der Leistung eine Verschiedenheit zu ungunsten der letzteren besteht; RG. II 17. März 96 G. 44 45. Das Mißverhältnis kann ein „auffälliges" auch dann sein, wenn die wucherische Forderung nicht wg. der Sicherheit rechtlich verhafteter Personen o. bestellter Pfänder, sondern aus tatsächl. Gründen als vollwertig o. nahezu vollwertig anzusehen ist; RG. FS. 26. Aug. 05 G. 52 .

Für die Frage, ob das bezeichnete Mißverhältnis vorliege, ist lediglich der Ort u. die Zeit des Geschäftsabschlusses entscheidend; Hälschner 2 435, v. Schwarze aO. 66, Simonson aO.; vgl. jedoch Koffka aO. N. 11, 12. Im übrigen aber ist das Vorliegen des Mißverhältnisses, wie namentl. aus den Worten „nach den Umständen des Falles" erhellt, wesentlich Tatfrage; RG. III 13. Juli 81 E. 4 390. In der Praxis des RG. ist „ein auffälliges Mißverhältnis":

I. verneint, selbst bei einem Zinsfuße von 210 %, weil es um ein kleines auf kurze Zeit gegebenes Darlehn (60 M. auf 14 T.) sich handelte, wobei die gewöhnliche Zinsberechnung nicht angewendet werden dürfe, da der Gläubiger eine, durch den normalen Zinsfuß nicht gedeckte, Entschädigung für die Mühe des Hingebens und Rückforderns eines so kleinen Darlehns haben müsse; I 10. Jan. 81 E. 3 218;

II. dagegen bejaht, bei voller Berücksichtigung der eben hervorgehobenen Umstände, schon bei einem Zinsfuße von nur 60—96 %, dsgl., bei Berücksichtigung der i. c. vorliegenden Gefahr des Verlustes, bei 69 M. Zinsen von 300 M. für nicht volle 2 Mt.; III 13. Juli, II 20. Sept. 81, E. 4 390, 5 9.

10) Als objektives Erfordernis muß endlich noch hinzutreten: „Die Notlage, der Leichtsinn oder die Unerfahrenheit" und zwar „eines anderen", also nicht notwendig des Schuldners selbst, sondern möglicherweise einer dritten, die Interessen des Schuldners (z. B. einer Gesellschaft) vertretenden Person (N. 6b).

a) Eine „Notlage" dürfte vom „Notstande" im alltäglichen S., nicht in dem des § 54 (das. N. 1), kaum wesentlich verschieden sein (vgl. § 329 N. 3b); aM. RG. II 30. Sept. 81 R. 3 568. Es handelt sich hier aber um einen wirtschaftlichen Notstand und ein solcher fällt, wie mit dem zit. RG. anzuerkennen, mit einer „vollkommenen finanziellen Rat- u. Aussichtslosigkeit, dem absoluten Mangel an Kredit und Zahlungsmitteln" nicht notwendig zusammen. Nach den Verhältnissen kann vielmehr auch die augenblicklich drängende Not, die augenblickliche Geldverlegenheit, die den Darlehnsnehmer zur Aufnahme eines Darlehns nötigt, genügen, mögen auch die eingeschlagenen Wege dazu nicht als die äußersten und letzten sich darstellen; RG. II 20. Sept. 81 E. 5 9, zit. R. 3 568, III 2. Nov. 81 R. 3 680. Andererseits ist nicht jeder drohende Nachteil, den der Schuldner nur durch Inanspruchnahme von Kredit abwenden kann, geeignet, eine „Notlage" i. o. S. zu schaffen (Hälschner 2 436), weshalb zutreffend das zit. RG. R. 3 680 „die bloße Tatsache einer vielleicht nur vorübergehenden Geldverlegenheit ohne Hinzutritt anderer drängender Umstände, welche den Darlehnssucher als in einer Zwangslage befindlich erscheinen lassen", als den Schluß auf das Bestehen einer Notlage nicht rechtfertigend erachtete.

Die Notlage muß eine objektive sein; eine bloß eingebildete genügt nicht; so die GM., insbs. RG. III 18. Juni 85, IV 27. März 96, E. 12 303, 28 288; aM.: Binding Lb. 1 456, Koffka WucherG. N. 21 (S. 62 f.). Das bedingt aber nicht mit Notwendigkeit, daß sie nur auf Grund außerhalb der Person des Kreditsuchenden liegender Umstände angenommen werden dürfe, vielmehr kann sie auch z. B. durch seine Unkenntnis, sei es bezüglich der Benutzung bereiter Hilfsquellen, sei es bezüglich etwaiger nach dem bürgerlichen Rechte zustehender Rechtsbehelfe zur Beschaffung von Mitteln begründet sein; RG. II 12. Feb. 84 R. 6 106, zit. E. 12 303. Das objektive Erfordernis kann auch dann vorliegen, wenn der Kredit nur bei einer bestimmten Person, von der Stillschweigen zu erwarten steht, nachgesucht wird, während er auch noch bei anderen Personen zu erlangen wäre — dieses aber doch nur unter der Voraussetzung, daß beim Bekanntwerden der ungünstigen Vermögenslage die wirtschaftliche Existenz wirklich gefährdet war, während bei einem nicht begründeten Glauben nur eine unzureichende eingebildete Notlage vorliegen würde; so zitt. RG. R. 3 568, E. 12 303.

Zu Unrecht verneint der Kom.-Ber. eine Notlage bei Darlehnen zu produktiven Zwecken; auch hier kann eine solche vorliegen, wenn es darum sich handelt, den gewerblichen Betrieb, von dessen Fortsetzung die wirtschaftliche Existenz abhängig ist, aufrechtzuerhalten; RG. III 13. Juli 81 E. 4 390, v. Lilienthal HRl. „Wucher" S. 1359, Frank N. IV 1, v. Schwarze N. 5, Simonson Vorteil S. 92.

Die Notlage ist auch für Stundungen als möglich unterstellt, weshalb die Annahme nicht abzuweisen ist, daß für diese Fälle gerade das anderweitig nicht zu hebende Unvermögen des Schuldners zur Zahlung, die Unfähigkeit zur Beschaffung des, behufs Abwendung der Klage und größerer Nachteile notwendigen, Geldes als Notlage gedacht worden ist; so das zit. RG. E. 4 390; aM. Koffka WucherG. N. 21.

b) „Leichtsinn" ist, nach dem Kom.-Ber., die „rasche und unüberlegte Behandlung von Geschäften, insbs. Geldgeschäften", also namentl. das Unbekümmertsein um die Folgen; so v. Liszt S. 478 u. wesentlich übereinstimmend RG. IV 7. Jan. 87 G. 35 52, I 11. Feb. 95 E. 27 18, 28. Jan. 97 G. 45 42, der Begriff sei i. S. des gewöhnlichen Lebens aufzufassen; danach aber handle leichtsinnig, wer zwar der Folgen seiner Hdlgen sich bewußt sei, ihnen jedoch aus Sorglosigkeit o. aus Mangel genügender Überlegung die ihnen zukommende Bedeutung nicht beilege. Maßgebend ist das Verhalten des Schuldners bei dem speziellen Rechtsgeschäfte und dessen Eingehung; v. Lilienthal aO., v. Schwarze WucherG. S. 45; demgemäß konnte Leichtsinn bei dem Verkäufer einer Forderung (N. 8c) angenommen werden, wenn er sich nicht bemühte, einen entsprechenden Gegenwert zu erhalten; zit. RG. G. 45 42. Der Umstand, daß der Schuldner überhaupt „leichtsinnig" ist, bildet also keine Voraussetzung, sondern ist nur als Beweismoment verwertbar; Hälschner 2 437, Koffka WucherG. N. 22. Das Fehlen der ernstlichen Absicht rechtzeitiger Erfüllung seitens des Bewucherten steht der Annahme der Ausbeutung seines Leichtsinns nicht entgegen; RG. II 18. Okt. 01 G. 48 437.

c) „Unerfahrenheit" ist nicht gleichbedeutend mit der Unkenntnis über einzelne für das abzuschließende Geschäft erheblichen Momente, sie ist vielmehr eine dem Menschen anhaftende Eigenschaft, die auf einem Mangel an Geschäftskenntnis u. Lebenserfahrung im allgemeinen oder auf beschränkten Gebieten des menschlichen Wirkens beruht u. ihrem Wesen nach eine Einschränkung der Befähigung zur Wahrnehmung o. richtigen Beurteilung von Zuständen u. Geschehnissen irgendwelcher Art zur Folge hat; RG. II 10. Juni 04 E. 37 205. Die Unerfahrenheit kann nicht bloß dann, wenn der Schuldner aus Geschäftsunkenntnis nicht befähigt ist, über die Bedeutung und Tragweite des fraglichen Geschäftes, namentl. über die Schwere der Bedingungen, unter denen ihm das Darlehn gegeben wird oder die Stundung erfolgt, insbs. über die Übermäßigkeit des Zinsfußes bei scheinbar geringen Zinssätzen für kurze Zeitfristen (so der Kom.-Ber.), sich klar zu werden, sondern auch dann angenommen werden, wenn er von der vorhandenen Möglichkeit, auf andere und billigere Weise das Geld, dessen er bedarf, sich zu verschaffen, infolge mangelnder geschäftlicher oder sonstiger Erfahrung keine Kenntnis hat und infolge dieser Unkenntnis jene Gelegenheit nicht benutzt, sondern zu der Eingehung des wucherlichen Geschäftes sich entschließt; RG. III 2. Nov. 81 R. 3 680, I 26. Apr. 94 E. 25 315. Dagegen wurde sie mit Recht in einem Falle verneint, wo der Betreffende in Kenntnis der Nichtexistenz eigener Verbindlichkeit „aus Pietät" gehandelt hatte; RG. III 5. Jan. 85 E. 11 388.

11) Es muß eine „Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns o. der Unerfahrenheit" des anderen stattgefunden haben; dabei handelt es sich jedoch nur um bloße Modalitäten des Tatbestandes, weshalb eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) zulässig ist; RG. III 18. Juni 88 E. 17 440, Ostern Alternativität S. 158, Wertheimer Mischgesetze S. 62.

Mit jenem, vorzugsweise die subjektive Willensrichtung ins Auge fassenden, Worte wird die bewußte Ausnutzung des Schuldners zur Erlangung übermäßigen Gewinnes ausgedrückt; RG. I 10. Jan. 81, III 5. Jan. 81, 28. Jan. 89, IV 25. Feb. 87, E. 3 218, 176, 18 419, 15 333, II 30. Sept. 81 R. 3 568; ähnlich Voß G. 52 55. Da sonach das Wort selbst schon begrifflich auf die gewinnsüchtige Absicht des Täters hinweist (so der Kom.-Ber. sowie Hälschner 2 435 u. v. Lilienthal HRl. „Wucher" S. 1358), so war die ausdrückliche Hervorhebung dieses Moments hier überflüssig, anders als im § 301 (das. N. 2a, b), wo nur von „Benutzung" die Rede ist. Ebendeshalb kann hier aber auch insoweit — vgl. aber N. 12_2 — kein eventueller Dolus in Betracht kommen (§ 59 N. 6).

Ein von Wucherern ausgehendes Vorgehen, ein selbständiges vorheriges Verlangen der betreffenden Vermögensvorteile, ist weder durch die Wortbedeutung (Versprechen rc.

Lassen"), noch durch den Gedanken des Gesetzes erfordert; der formale Gang der Verhandlungen ist gleichgültig (vgl. §§ 301 N. 5 letzt. Abs., 302 N. 2c); zit. RG. E. 3 218, Geyer 2 71, Hälschner 2 433, 338, v. Lilienthal aO.

12) Subjektiv wird ferner (vgl. N. 11_2) die Kenntnis von der objektiv vorhandenen augenblicklichen Notlage und somit deren bewußte Benutzung zur Erlangung wucherlicher Vermögensvorteile verlangt. Deshalb liegt, wenn bei dem bloßen Sichversprechenlassen von Vermögensvorteilen die Absicht nicht dahin geht, das Versprochene demnächst sich zu verschaffen, der Tatbestand des § 302a nicht vor, und zwar weder, wenn eine wohltätige Absicht obwaltete, noch auch bei an sich schlechter (insbs. betrüglicher) Absicht; RG. IV 25. Feb. 87 E. 15 333, Simonson Vorteil S. 89; bedenklich ist dagegen Binding Lb. 1 459. Im übrigen kommt es auf eine Kenntnis von der Beschaffenheit der Vermögensverhältnisse des Darlehns- oder Stundungssuchers nur insofern an, als der Darleiher zu prüfen hat, bis zu welchem Betrage er nach Lage der Sache, insbs. mit Rücksicht auf die mit der Darleihung verbundene Gefahr des Verlustes, Vermögensvorteile sich bedingen dürfe, ohne dem Vorwurfe einer Ausbeutung der Notlage sich auszusetzen; RG. II 20. Sept. 81 E. 5 9. Insofern muß er auch mit dem Bewußtsein von denjenigen tatsächlichen Voraussetzungen gehandelt haben, die einen Schluß auf das Vorliegen eines „auffälligen Mißverhältnisses" im Sinne des Gesetzes gestatten; RG. IV 29. Sept. 96 E. 29 78 (btr. § 302e); doch genügt das Bewußtsein von der Vollwertigkeit der Forderung, ohne daß es darauf ankommt, ob dieses Bewußtsein durch objektiv zutreffende Erwägungen erlangt worden ist; das N. 9_3 zit. RG. FS. G. 52 .

Insoweit es um die Kenntnis von der Notlage sich handelt, genügt auch Eventualdolus, z. B. ein absichtliches Außerachtlassen der Verhältnisse des Schuldners; RG. III 28. Jan. 89 E. 18 419, Koffka WucherG. N. 24.

13) Btr. der Teilnahme (T. I Abschn. 3) gelten die allg. Grundsätze, doch greift hier auch das in N. 4 zum § 301 Bemerkte entsprechend Platz, so daß der Bewucherte selbst eine strafb. Teilnahme nicht begehen kann; so insbs. auch das das. zit. RG. E. 18 273. Wegen der möglichen Begehung in Mittäterschaft (§ 47) vgl. N. 5_2. Beihilfe (§ 49; vgl. o. N. 6) seitens eines Vermittlers, der im vorgängigen Einverständnisse mit dem Gläubiger und in dessen Auftrage handelte, wurde angenommen von RG. I 19. Jan. 82 E. 5 366, mit Recht dagegen verneint in einem Falle, wo eine Schuld des als Haupttäter Angekl. wg. Mangels des subj. Tatbestandes, insbs. des Merkmals der „Ausbeutung d. Notlage" (N. 11), nicht vorlag; so das § 49 N. 2 zit. RG. E. 18 418.

14) Was die Frage der Ideal- u. Realkonk. mehrerer Wucherfälle anbetrifft, so liegt zunächst in der „Stundung", nachdem bereits das Darlehnsgeschäft selbst ein wucherliches gewesen, eine neue selbständige Hdlg., also Realkonk. (§ 74), vor; so: das N. 3b zit. RG. E. 4 390, Geyer 2 71, Hälschner 2 439, Oppenh.-O. N. 17, v. Schwarze WucherG. S. 70; aM. Rüd.-St. N. 14.

Andererseits muß wiederholtes Entgegennehmen wucherlicher Zinsen auf Grund desselben Versprechens als eine und dieselbe Handlung (§ 73) aufgefaßt werden; Geyer 2 71, Hälschner 2 439, Oppenh.-O. N. 15, Rüd.-St. N. 14, Koffka WucherG. N. 25.

15a) Mit Erpressung (§ 253) kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden; RG. III 5. Mai 98 G. 46 318.

b) Wegen des Verhältnisses zum § 360[12] vgl. daselbst N. c.

16) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 16) und damit verbunden Geldstr. von 3—3000 M. (§ 27 N. 1_2). Als Nebenstr. ist nach dem Schlußsatze i. V. mit § 32 fakultativ VbEN. angedroht.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Folgt dem ursprünglichen wucherl. Darlehnsgeschäfte eine „Stundung", so läuft die Verjährung einer jeden dieser selbständigen Hdlgen unabhängig voneinander; v. Schwarze WucherG. S. 70. Für den Beginn der Verjhrg. kann bei dem durch „Sichversprechenlassen" wucherl. Vermögensvorteile begangenen Verg. auch dem nachfolgenden Gewähren der letzteren Bedeutung zukommen; dauert die wucherische Hdlg. in ihren Wirkungen derart fort (N. 6),

daß die Gewährung der Vorteile als der Ausfluß einer und derselben Ausbeutung erscheint, so liegt ein Dauerdelikt vor (nicht ein fortgesetztes Verg., weil nicht Annahme der Vermögensvorteile als solche den Tatbestand selbständig erfüllt) u. die Verjhrg. beginnt deshalb erst mit der letzten Annahme der Vorteilsgewährung (§ 67 N. 14a); das N. 6 zit. RG. E. 32 143, Hälschner 2 438, Oppenh.-O. N. 15, Rüd.-St. N. 15, v. Schwarze aO., Koffka WucherG. N. 26, Meisner StRStrafnebenges. S. 1154 N. 21. Anders, wenn die strafb. Hdlg., was nach Maßgabe der tatsächl. Verhältnisse zu beurteilen, mit dem Sichversprechenlassen beendigt ist; dann beginnt die Verjährung mit der Annahme des Versprechens, ohne Unterbrechung ihres Laufes durch die demnächst auf Grund desselben gewährten Einzelleistungen; vgl. v. Lilienthal HRL. „Wucher" S. 1360.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 302b.

Wer sich oder einem Dritten die wucherlichen Vermögensvortheile (§. 302a) verschleiert oder wechselmäßig oder unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen versprechen läßt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu sechstausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

PrStGB. § 263. Entw. I, II (fehlt). Entw. d. WucherG. v. 24. Mai 1880 Art. 1 § 302b. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58.

Vgl. §§ 302c, 302d.

1) Der qualifizierte Wucher aus § 302b (vgl. § 302a N. 1—4) setzt denjenigen Mischtatbestand des einfachen Wuchers in allen seinen Erfordernissen voraus, der als Hdlg. das „Sichversprechenlassen" erfordert (§ 302a N. 11₂); denn der straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 besteht darin, daß der Wucherer die Vermögensvorteile sich versprechen läßt: a. „verschleiert" oder b. „wechselmäßig" oder c. „unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich o. unter ähnlichen Versicherungen o. Beteuerungen"; so Koffka WucherG. N. 1; aM. Rüd.-St. N. 2.

Nicht erforderlich ist, daß dem Schuldner vom Wucherer eine dieser Arten der Sicherung auferlegt wurde, vielmehr genügt es, wenn dieser sie einfach annimmt, nachdem sie ihm entgegengebracht worden; Rüd.-St. N. 5.

2) Btr. der einzelnen straferhöh. Umst. ist hervorzuheben:

a) Das Wesen der „Verschleierung" besteht (wie auch noch angesichts der jetzigen Fassung des § 302a — vgl. insbs. N. 8c — gesagt werden darf; aM. Kronecker Gruchots Beitr. 38 776) darin, daß der wucherliche Inhalt durch die Form eines erlaubten Geschäftes verdeckt wird; das hierzu gewählte Mittel, wie z. B. die Einrückung einer höheren Summe als der in Wahrheit hingegebenen in die Schuldurkunde, o. der gleichzeitige Abschluß eines Kaufvertrages, wobei der Kaufpreis seiner wirtschaftl. Bedeutung nach eine Vergütung für die Darlehnsgewährung darstellt, muß das Vorliegen wucherl. Vermögensvorteile schwer oder gar nicht erkennbar erscheinen lassen; RG. III 26. Apr. 82 R. 4 385, I 11. Okt. 88, II 25. Feb. 90, 8. Mai 91, E. 18 332, 20 279, 21 434, Berner S. 624, Geyer 2 71, Hälschner 2 439, v. Schwarze WucherG. S. 72. Dagegen erfordert der Begriff nicht, daß eine Täuschung des Schuldners bewirkt worden sei (dann liegt ev. Betrug vor); so das zit. RG. E. 18 332, das deshalb Verschleierung auch da annahm, wo der Angekl. den wirklichen Sachverhalt durch den Wortlaut der Schuldurkunden und bzw. Quittungen der Wahrnehmung entzogen hatte. Während in subjektiver Hinsicht der Wucherer (keineswegs notwendig auch der Bewucherte; zit. RG. E. 21 434) der Verschleierung sich bewußt sein muß, bedarf es einer besonderen auf die Verschleierung gerichteten Absicht nicht; so das zit. RG. E. 18 332. Gleichgültig ist auch der mit der Verschleierung verfolgte Endzweck; sie kann geschehen, um das Gericht oder um den Schuldner über den wahren Charakter der Vorteile zu täuschen; sie kann auch im Interesse und mit Vorwissen des Schuld-

ners geschehen, um z. B. Angehörige zu täuschen und zur Zahlung der Schuld zu bewegen; v. Schwarze aO.

b) Jede Benutzung der Wechselform genügt zur „wechselmäßigen" Verpflichtung; deshalb trifft die Voraussetzung selbst dann zu, wenn ein Wechsel gegeben wurde, dessen Unechtheit dem Wucherer bekannt war; so der Komm.-Ber. Eine Benutzung der Wechselform liegt auch dann vor, wenn zwar der Schuldner keinen den Erfordernissen der WO. Artt. 4, 96 entsprechenden vollständigen Wechsel, sondern z. B. nur ein Blankoakzept ausstellt, dagegen dem Wucherer die Erlaubnis zur Ausfüllung des Formulars der Abrede gemäß erteilt, welche Erlaubnis zivilrechtlich in der Übergabe eines mit Blankoakzept versehenen Wechselformulars zu finden ist; so Freudenstein WucherG. S. 89, im wesentlichen auch Fuld WucherG. N. 4; aM.: Hälschner 2 440, Koffka WucherG. N. 3. Dagegen genügt es zur Annahme des Tatbestandsmerkmales nicht, wenn nach Sicherung eines nicht wucherisch gegebenen Darlehns durch einen Wechsel bei dessen Prolongation wucherl. Vorteile lediglich in Gestalt hoher Zinsen, also außerhalb der Hergabe des Wechsels über den früheren Betrag bedungen werden; RG. II 10. Juli 85 R. 7 486.

c) Vgl. § 302 N. 2a. Da übrigens die Vermögensvorteile „auf Ehrenwort" rc. versprochen worden sein müssen, so genügt die Versicherung der Wahrheit von Angaben über persönliche Verhältnisse auf Ehrenwort nicht; so: Hälschner 2 440 N. 2, Koffka WucherG. N. 4; aM.: Rüd.-St. N. 4, Fuld WucherG. N. 5, Henle WucherG. N. 4, Meisner StRStrafNebenges. S. 1156 N. 5.

3) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) und damit verbunden Geldstr. von 3—6000 M. (§ 27 N. 13). Als Nebenstr. ist nach dem Schlußsatz i. V. mit § 32 fakultativ VbER. zulässig.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 302c.

Dieselben Strafen (§. 302a, §. 302b) treffen denjenigen, welcher mit Kenntniß des Sachverhalts eine Forderung der vorbezeichneten Art erwirbt und entweder dieselbe weiter veräußert oder die wucherlichen Vermögensvortheile geltend macht.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). Entw. d. WucherG. v. 24. Mai 1880 Art. 1 § 302c. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58.

Vgl. § 302d.

1) Das von Binding Lb. 1 459, v. Liszt S. 481 u. Beling Verbrechen S. 475, 487 sog. Nachwuchern (vgl. § 302a N. 1—4) erfordert zunächst, daß jemand „mit Kenntnis des Sachverhalts", d. h. mit Kenntnis von den Vorgängen, durch die der Forderung der Charakter einer wucherlichen aufgedrückt worden (v. Schwarze WucherG. S. 78), eine Forderung der in den §§ 302a, b bezeichneten Art „erwirbt". Auf die Art des Erwerbes kommt nichts an; es ist nicht ausschließlich, wie im § 302$_3$ (das. N. 3), Erwerb durch Abtretung gemeint, sd. es genügt an sich auch ein solcher durch Erbgang; so außer dem Kom.-Ber.: RG. II 6. Okt. 03 E. 36 374, v. Schwarze aO. 80, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 3, Meisner StRStrafNebenges. S. 1158 N. 4, Kitzinger Mitwucher S. 21; aM. Koffka WucherG. N. 3. Die „Kenntnis" muß bereits bei dem Erwerbe vorliegen; der gutgläubige Erwerber ist nie aus § 302c strafbar, auch nicht bei nachträglich überkommenem bösen Glauben; so die gesamte Literatur.

Der „Erwerb" allein reicht aber nicht hin, weil er auch in wohlwollender Weise, um den Schuldner aus den Händen des Wucherers zu entreißen, geschehen kann; so der Kom.-Ber. Es wird deshalb kumulativ weiter erfordert: entweder a. „Weiterveräußerung" der Forderung, wodurch also dem Erwerber die Disposition unbeschränkt überlassen wird (so der Kom.-Ber.); oder b. „Geltendmachung der wucherlichen Vermögensvorteile". Ohne diese Voraussetzungen, wie z. B. bei einer Geltendmachung des Kapitals

nebst den gewöhnlichen Zinsen, macht selbst der schlechtgläubige Erwerber sich nicht strafbar; Geyer 2 72, Hälschner 2 441, Kosska aO. N. 5, Kitzinger aO. 18; vgl. auch Beling Verbrechen S. 500 N. 1.

2) Auch der Mitwucher ist ein „einfacher" oder „qualifizierter", je nachdem der ursprüngliche Wucher ein einfacher oder qualifizierter war und dem Erwerber der Forderung im letzteren Falle zugleich Kenntnis von den straferhöh. Umst. (Geyer 2 72, Hälschner 2 441) beiwohnte; denn es sollen den Täter „dieselben Strafen treffen" (vgl. § 49a N. 21_2), welche die §§ 302a u. b androhen.

3) Wegen Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. §§ 302a N. 16, 302b N. 3.

§. 302 d.

Wer den Wucher (§§. 302a bis 302c) gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch ist auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen.

PrStGB. § 263. Entw. I, II (fehlt). Entw. d. WucherG. v. 24. Mai 1880 Art. 1 § 302 d. StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58. Entw. d. WuchergänzungsG. v. 19. Juni 1893 Art. I § 302d. StB. II. S. 1892/93 Aktenst. Nr. 70, 141.

Vgl. § 302e.

1) Die „Gewerbsmäßigkeit" und die „Gewohnheitsmäßigkeit" bilden, wie im § 260 (das. N. 1 ff.), jede für sich einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. für den Wucher (vgl. § 302a N. 1—4); aM. Rüd.-St. Ergänzungen § 302a N. 2. Mit Recht hat RG. III 30. Juni 84 R. 6 486 es für unerfindlich erklärt, wie als Unterlage für die Feststellung der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit ein früheres, auch nach dem WucherG. strafloses Tun (ein strafloses Darlehnsgeschäft) benutzbar sein solle; dasselbe muß gelten für zwar gewerbsmäßige, aber nicht wucherische Geldgeschäfte, die unter der Herrschaft des WucherG. vorgenommen sind.

2) Jene straferhöh. Umst. (N. 1) kommen, nach der durch G. v. 19. Juni 1893 beigefügten Anführung der §§ 302a—302c, für alle vorher behandelten Fälle des Wuchers in Betracht. Der Zweck der Anführung war, nach der Begründung, nicht die Entscheidung der früher aufgetauchten Streitfrage über den Begriff des „Wuchers" i. S. des § 302d, sondern die Klarstellung seines Verhältnisses gegenüber dem neuen § 302e. Übrigens kommt es, da § 302d nicht unterscheidet, ob der „betriebene Wucher" ein einfacher oder qualifizierter war, beim gewerbs- o. gewohnheitsm. Wucher nur für die Strafzumessung in Betracht, ob alle oder einzelne seiner Fälle als solche sich darstellen, bei denen der Wucherer die Vermögensvorteile verschleiert o. wechselmäßig ꝛc. sich versprechen ließ.

Daß zur Feststellung der Gewohnheitsmäßgkt. die wiederholte Erhebung wucherlicher Vorteile aus demselben Geschäfte nicht genügen kann, folgt aus der Ausführung in N. 14_2 zum § 302a; Berner S. 624, v. Lilienthal HRL. „Wucher" S. 1360, Oppenh.-D. N. 3.

Da die „gewinnsüchtige Absicht" in der Natur des Wuchers liegt (§ 302a N. 11), so ist der gewohnheitsm. Wucher stets auch ein gewerbsm.; Berner aO., Binding Lb. 1 460 N. 1, Oppenh.-D. N. 2. Es treffen dann beide Qualifikationsgründe zusammen; vgl. § 260 N. 9.

3) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16) und damit verbunden Geldstr. von 150—15 000 M. (§ 27 N. 1_3). Als Nebenstr. ist ausnahmsweise obligatorisch nach dem Schlußsatz i. V. mit § 32 (das. N. 3_2) VbER. angedroht; doch gilt auch für diesen Ausnahmefall die allg. Voraussetzung, daß die — im Falle der Beihilfe (§ 49) — verhängte Gefängnisstrafe die Höhe von 3 Mt. erreicht; so das § 32 N. 5 zit. RG. E. 19 203.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 302 e.

Dieselbe Strafe (§. 302 d) trifft denjenigen, welcher mit Bezug auf ein Rechtsgeschäft anderer als der im §. 302a bezeichneten Art gewerbs- oder gewohnheitsmäßig unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den Werth der Leistung dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältniß zu der Leistung stehen.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). Entw. d. WuchergänzungsG. v. 19. Juni 1893 Art. I § 302e. Drucks. II. S. 1892/93 Aktenst. Nr. 70, 141. StB. II. S. 1892/93 S. 1849—1855.

1) Diese Bestimmung, die man, nicht zutreffend (vgl. § 302a N. c aE.), als gegen den sog. Sachwucher gerichtet bezeichnet hat, ist zuf. G. v. 19. Juni 1893 aufgenommen; vgl. § 302a N. 1—4.

2) Für den Sachwucher (vgl. wg. des Tatbestandes im übrigen N. 5, 6, 9, 10, 11 u. 12 zum § 302a) kommt jegliches Rechtsgeschäft anderer, als der im § 302a bezeichneten Art, in Betracht; es ist deshalb nicht erforderlich, daß durch das btr. Rechtsgeschäft ein „Kreditgeschäft" verdeckt sei; **RG**. I 26. Apr. 94 E. **25** 315.

Nach der allg. Fassung der Vorschrift und der ihr innewohnenden weitgreifenden Tendenz läßt sich nicht in Zweifel ziehen, daß der Tatbestand des Sachwuchers (vgl. jedoch § 302a N. 5_2) auch in der Person des Vermittlers eines Geschäfts sich verwirklichen kann; **RG**. IV 29. Sept. 96 E. **29** 78.

3) Mit Rücksicht auf die in Betracht kommenden Rechtsgeschäfte bildet hier nicht der „übliche Zinsfuß" (§ 302a N. 9_2), sondern vielmehr der „Wert der Leistung" den Maßstab für das Vorliegen eines „auffälligen Mißverhältnisses" (§ 302a N. 9_1). Die „Leistung" ist an sich die des Wucherers, regelmäßig also die des Gläubigers aus dem wucherischen Geschäfte (§ 302a N. 9_1); Frank N. 11 1. Ist aber der Vermittler eines Geschäftes der Wucherer (N. 2_2), so bilden die dem Bewucherten aus dem vermittelten Geschäfte zufallenden Leistungen zugleich den Untergrund für die Leistungen des Vermittlers selbst; sie sind daher für die Beurteilung des Wertes seiner Leistungen mit in Betracht zu ziehen; vgl. über diese Frage **RG**. IV 29. Sept. 96 E. **29** 78, das aus anderen Gesichtspunkten zu einem ähnlichen Ergebnisse gelangt.

Im übrigen ist für den „Wert der Leistung" nur entscheidend, was dem anderen Teile nach den getroffenen Abmachungen zu leisten ist, worauf der andere also durch das Rechtsgeschäft einen Anspruch erwirbt; spätere vertragswidrige Vorenthaltung ist daher auf die Bestimmung des Wertes der Leistung einflußlos, wenn auch ein Sachwucher bei der Erfüllung von Verträgen nicht ausgeschlossen ist und z. B. dadurch begangen werden kann, daß der andere Teil zur Annahme minderwertiger Leistungen als Erfüllung anstatt des wirklich Geschuldeten bestimmt wird; zit. **RG**. E. **29** 78.

4) Die „Gewerbs- o. Gewohnheitsmßgkt." der Hdlg. bildet hier, anders als im § 302d (das. N. 1), keinen straferhöh. Umst., wirkt vielmehr strafbegründend (weshalb die Aufnahme der allg. Vorschrift über die Nichtigkeit wucherl. Verträge in den Abs. 2 des § 138 BGB. erfolgt ist; vgl. Planck N. 3 das.).

5) Wg. der subjektiven Erforderniſſe vgl. § 302a N. 12, insbs. das das. u. oben N. 2, 3 zit. **RG**. E. **29** 78.

6) Zwischen den Verg. aus §§ 302a—d und dem aus § 302e kann Realkonk. (§ 74) stattfinden; Koffka WucherG. § 302d N. 12.

7) Wg. der Strafandrohung (btr. der Wendung „Dieselbe Strafe trifft" s. § 49a N. 21_2), der Strafverfolgungsverjährung und der Zuständigkeit gilt das in N. 3 zum § 302d Bemerkte.

Sechsundzwanzigster Abschnitt.
Sachbeschädigung.

1) Während der entsprechende Tit. 26 des PrStGB. „Vermögensbeschädigung" überschrieben war, ist im RStGB. mit Recht die Überschrift „Sachbeschädigung" gewählt worden; einerseits gehört die Beschädigung eines — fremden — Vermögens zum Tatbestande im übrigen höchst verschiedenartiger Delikte, andererseits handelt es sich im Abschn. 26 lediglich um die Beschädigung einer Sache (§§ 303 N. 1, 304 N. 1, 305 N. 1), die begrifflich nicht einmal eine Vermögensbeschädgg. zu enthalten braucht (§ 303 N. 4b), abgesehen davon, daß im Falle des § 304 selbst eine eigene Sache das Objekt des Verg. bilden kann (das. N. 1b); aM. H. Meyer S. 535 N. 2, Sachbeschdgg. sei stets ein Vermögensdelikt. Wenn trotzdem die „Sachbeschädigung" nicht nur im unmittelbaren Anschluß an die sog. Vermögens- o. Eigentumsdelikte behandelt wird, sondern i. S. des Gesetzgebers wohl geradezu diesen zuzuzählen ist, so erklärt sich dieses a potiori, da das Verg. der Sachbeschdgg. nur ausnahmsweise nicht gleichzeitig die Beschädigung eines fremden Vermögens in sich schließen wird.

2) Die Materie der Sachbeschdgg. ist im Abschn. 26 im vollen Umfange geregelt; Binding Hb. 1 321. Es darf deshalb, da seine Straffanktionen lediglich gegen vorsätzliche Sachbeschdggen sich richten (§§ 303 N. 8, 304 N. 4, 305 N. 5), die fahrlässige Sachbeschdgg. nur insoweit durch landesgesetzliche Vorschriften unter Strafe gestellt werden, als diese, namentl. in den Forst- u. Feldpolizeigesetzen, durch EG. § 2_2 aufrechterhalten sind (vgl. das. N. 5, 10b); Binding aO. 316 N. 1.

Demgemäß ist zwar die gegen fahrl. Beschdgg. gerichtete Nr. 19 der zusätzlichen Vorschriften zum PrChausseegeldtarif v. 29. Feb. 1840 in Kraft geblieben (Berlin 19. Feb. 74 G. 22 56), dagegen sind die Strafvorschriften des BadPolStG. v. 31. Okt. 1863 gegen „mutwillige" Beschädigungen für aufgehoben zu erachten (RG. I 9. Nov. 82 R. 4 797).

§. 303.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

PrStGB. § 281. Entw. I § 281, II § 300. Aktenst. 1875/76 Nr. 145. StB. 1875/76 S. 830—833.
Vgl. MStGO. §§ 16[3], 63[1].

1) Als Objekt (Abschn. 26 N. 1) der im § 303 behandelten sog. einfachen Sachbeschdgg. kommt nur eine „Sache" i. S. von „körperlicher Gegenstand" (vgl. §§ 137 N. 1, 242 N. 3) in Betracht; so die GM., insbs. RG. III 19. Okt. 85 E. 13 27, IV 4. März 87 R. 9 171. Die in schadensüchtiger Absicht vorgenommene Entziehung „elektrischer Arbeit" ist deshalb keine Sachbeschädgg., aber nach § 2 des G. v. 9. April 1900 btr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit strafbar.

Ob die Sache eine bewegliche oder, im natürl. o. rechtl. S., eine unbewegliche ist, erscheint unerheblich, so daß an sich auch „Grund und Boden" Gegenstand einer Sachbeschdgg. sein kann (vgl. jedoch N. 12 f sowie §§ 368[1], 370[1,2]); so die GM., insbs. zit. RG. R. 9 171. Unter jenen kommen namentl. auch die lebenden Tiere in Betracht; vgl. Dresden 3. Apr. 71, 12. Apr. 78, St. 1 43, 8 291, sowie die N. 7_3 zitt. Entsch.

Die Sache kann ferner eine einfache oder eine zusammengesetzte sein; RG. zit. R. 9 171 (btr. eines Brunnens, d. h. einer aus einem Pumpwerke u. einem Wasserbehälter bestehenden einheitl. Anlage), II 15. Nov. 98 E. 31 329 (btr. eines Wasserstandsmerkmals, das nicht nur aus dem gesetzten Stein als solchem bestand, sd. aus diesem in der ihm zu s. Zwecke

gegebenen Höhenlage). Dabei ist es gleichgültig, ob das „Sachganze" auf natürlicher oder künstlicher Verbindung beruht; so: Berlin OAG. 27. Apr. 72 St. 1 308 (btr. eines Bienenschwarmes), Schütze S. 499 R. 6; aM.: Frank R. 1, Meves R. 5 A. 1, eine universitas facti sei keine individuelle S.

Daß die Sache einen in Geld anzuschlagenden Vermögenswert habe, ist nicht notwendig (vgl. wg. d. gleichen Frage beim Diebst. § 242 R. 12); so die GM., insbs. RG. III 21. Apr. 80 R. 1 640 (das noch nicht vollzogene Exemplar eines Postbehändigungsscheines könne Objekt einer Sachbeschdbgg. sein). Es kann jedoch möglicherweise die Wertlosigkeit des Objekts das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließen (R. 9). Weiter geht aber RG. III 14. Feb. 84 E. 10 120 (vgl. dagegen Binding Lb. 1 248 R. 4 u. v. Liszt S. 427 R. 4), es werde zwar nicht eine Sache erfordert, die einen in Geld abschätzbaren Vermögenswert habe, wohl aber müsse die Erhaltung der Sache durch das Interesse, das der Eigentümer an ihr nehme, von Wert für ihn sein; bei völliger Wert- u. Bedeutungslosigkeit könne in der Beschdbgg. nicht ein Eingriff in eine fremde Herrschaftssphäre gefunden werden; ähnlich H. Meyer S. 535 R. 2, während Geyer 2 41 fordert, daß die Sache irgend ein „Interesse" für den Eigentümer habe; vgl. ferner Merkel S. 316, der als Hdlg. (s. u. R. 3 u. 4_2) „eine wertvermindernde Veränderung" der Sache ansieht; dagegen jedoch RG. I 29. Okt. 03 G. 51 49 btr. Beschädgg. eines vorhistorischen Grabhügels durch eine sachgemäß vorgenommene Aufdeckung.

2) Ein weiteres Erfordernis des Objektes der Sachbeschädgg. ist, daß die Sache eine „fremde" sei, weshalb, soweit bewegliche Sachen in Betracht kommen, § 242 R. 11_1 zu vergleichen; deshalb ist ein menschlicher Leichnam, wenigstens für die Regel (§ 242 R. 7), kein geeignetes Objekt für eine Sachbeschädgg. u. fällt daher die Sektion einer Leiche durch den behandelnden Arzt nicht unter die Strafbestimmung. Wg. Eigentumserwerbs an einer Brücke (§ 305 R. 3c) durch Einbauung bzw. nach BGB. § 95 vgl. RG. IV 2. Okt. 00 E. 33 391.

Bezüglich einer im Miteigentum des Täters stehenden Sache vgl. entsprechend der Ausführung in R. 11_2 zum § 242: RG. II 25. Sept. 85 E. 12 376.

3) Was die Handlung selbst (R. 3—8) betrifft, so kommt nach § 303 ein Mischtatbestand in Betracht, indem sowohl die „Beschädigung" (R. 4), als auch die „Zerstörung" (R. 5) einer fremden Sache mit Strafe bedroht ist. Eine alternative Feststellg. (§ 47 R. 29) bezüglich beider erscheint unzulässig; denn wenn auch beide Hdlgen nur quantitativ verschieden sind und von der „Zerstörung" alles gilt, was bei der „Beschädigung" Anwendung findet, so stehen doch nicht gleichwertige Merkmale in Frage, vielmehr erscheint die gegenüber der Beschädigung quantitativ gesteigerte Zerstörung an sich als die strafbarere; aM.: Ostern Alternativität S. 153, insbs. R. 1, Wertheimer Mischgesetze S. 63.

4a) Unter „Beschädigung" einer Sache ist begriffsmäßig nur eine solche Einwirkung auf sie zu verstehen, durch die ihre Substanz beeinträchtigt, ihre Unversehrtheit aufgehoben wird; RG. III 19. Okt. 85 E. 13 27, IV 4. März 87, 27. Feb. 00, R. 9 171, E. 33 177, II 28. Juni 89 E. 19 319 (mit der Ausführung, daß eine Beschdbgg. einer Schrift zugleich deren Verfälschung enthalten könne; s. u. R. 12a), I 31. März 90 E. 20 353 (B. einer Brücke ihrer Substanz nach durch Wegnahme einer auch nur lose aufgelegten Bohle), I 1. Mai 99 E. 32 165 (verneinend, daß durch Entziehung von Elektrizität die Sache „beschädigt" werde). Demgemäß ist in der Praxis des RG. mit Recht Sachbeschdbgg. einer Urk. in einem Falle angenommen, wo aus Akten ein Protokoll herausgeschnitten war, trotzdem die dadurch bewirkte Beeinträchtigung der Beweiskraft durch Wiedereinkleben wenigstens zum Teil wieder beseitigt wurde; III 10. Mai 82 R. 4 470 (btr. § 348); ferner Beschdbgg. einer Dampfmaschine, auch bei völliger Unversehrtheit aller ihrer Teile u. des Zusammenhanges der Teile, weil durch Einklemmen fremder Gegenstände, die durch Herausziehen wieder beseitigt werden konnten, die Maschine „als solche", d. h. als ein ihrer Bestimmung gemäß zusammenwirkendes Ganzes, eine substantielle Veränderung erfahren hatte; II 17. Jan. 90 E. 20 182 (zustimmend: v. Liszt S. 450, H. Meyer S. 536 R. 11, Frank

N. II 1); bei Eingraben eines 1 m langen u. tiefen sowie 50 cm breiten Lochs in einen vorhistorischen Grabhügel; das N. 1 aE. zit. G. **51** 45; anerkannt ist auch, daß die Beschädgg. an **Tieren** keinen Eingriff in den **äußerlich wahrnehmbaren** Bestand des tierischen Körpers erfordert; IV 28. Feb. 05 E. **37** 411 (Beschädgg. eines Pferdes durch Verursachung einer besonderen Nervosität). Dagegen kann in der unbefugten Hervorrufung der Dienste eines sog. Dienstautomaten Sachbschdgg. nicht liegen; Ertel Automatenmißbrauch S. 11 f.

Aber nicht **jede** derartige Einwirkung auf die Sache erfüllt den Begriff der Beschädigung; vielmehr muß noch hinzukommen, daß dadurch die Brauchbarkeit für ihre konkrete Zweckbestimmung herabgemindert o. sonst das Interesse des Eigentümers an ihrer Unversehrtheit beeinträchtigt wird; zit. RG. E. **33** 177 (btr. Herausreißen schadhafter Teile der Dielung einer Wohnung).

b) Dagegen fällt die Vornahme einer Hdlg. mit einer Sache, die diese **substantiell unberührt** läßt, auch dann nicht unter den Begriff der Sachbeschdgg., wenn der Eigentümer durch die Hdlg. einen Vermögensschaden erleidet, wenn insbs. die Sache dadurch für ihn wertlos oder seinem Eigentume entzogen werden sollte, wie z. B. durch Werfen eines Ringes in einen Fluß oder durch Fliegenlassen eines Vogels; so: das zit. RG. E. **13** 27 (mit dem Hinweis auf die offenbar absichtliche Nichtaufnahme der weitergehenden Bestimmung des BadStGB., wonach auch strafbar, wer eine Sache auf andere Weise als durch Beschdgg. für den Eigentümer wertlos mache), Geyer **2** 41, Hälschner **2** 387, v. Liszt S. 450, Merkel S. 316, HRl. „Sachbesch." u. HH. **3** 853, H. Meyer S. 536, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 8, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 7, Rotering GS. **47** 226; aM., abgesehen von Lüder Vermögensbesch. S. 76: Berner S. 631, Schütze S. 499 N. 7, Meves N. 12, 13, v. Schwarze N. 6, Ziebarth Forstr. S. 389, die durch eine ausdehnende gegenüber dem an sich klaren Ausdruck „eine Sache beschädigen" nicht gerechtfertigte Auslegung eine Lücke der Gesetzgebung (vgl. § 2 N. 4) zu beseitigen suchen; beachtenswert Binding Lb. **1** 249, der bei derartigen Hdlgen unterscheiden will, ob dadurch das fremde Eigentumsr. beseitigt werde o. nicht u. im ersten Fall zugleich Zerstörung des Objekts der fremden Sache annimmt. Es wird hierbei gleichzeitig unberechtigterweise der Gesichtspunkt der **Vermögens**bschdgg. hineingetragen, während die GM., insbs. Berlin 9. Okt. 73 St. **3** 231 (aM. freilich Lüder aO. S. 80 u. Merkel S. 316), andererseits anerkennt, daß die Sachbschdgg. keineswegs eine Vermögensbschdgg. mit sich zu führen braucht, ja daß sogar eine infolge besonderer Verhältnisse eingetretene Werterhöhung den Tatbestand der Sachbeschdgg. nicht ausschließt; vgl. auch das N. 4 zit. RG. G. **51** 49. Selbstverständlich kann bei Werfen von Gegenständen ins Wasser auch eine, unter Umständen erst nach gew. Zeitablauf eintretende Beschädigg. der Substanz vorliegen, z. B. durch Rostbildung, ev. sonach auch wenigstens Versuch (N. 11) anzunehmen sein; RG. I 1. Feb. 04 G. **51** 182, Binding aO.

In Übereinstimmung hiermit ist das Vorliegen einer Sachbeschdgg. mit Recht **verneint** beim Herabdrücken des Marktpreises einer Sache, namentl. des Kurswertes von Kreditpapieren, weil hier die, von der GM. geforderte physische Einwirkung auf die Sache fehlt; Merkel HRl. „Sachbesch."

c) Zweifelhaft ist, ob das **Beschmutzen** einer Sache eine Beschädgg. derselben enthalte; unter Umständen wird eine Sachbeschdgg. anzunehmen sein (Schütze S. 499 A. 7), dann nämlich, wenn der Schmutz selbst die Sache angreift; so auch Frank N. II 1; ob das der Fall, ist Tatfrage; es ist deshalb unrichtig, wenn Oppenh.-D. N. 8 u. v. Schwarze N. 6 (letzterer wegen der „vorübergehenden Beschränkung des Gebrauchswertes") ohne weiteres jede Beschmutzung als Sachbeschdgg. ansehen (vgl. Rotering GS. **47** 218), wie andererseits, wenn Frank aO. beim Beschmutzen von Wäsche Sachbeschdgg. unbedingt verneint. Mit Recht nahm das N. 1 zit. RG. R. **9** 171 Beschdgg. eines Brunnens durch Einschütten von Kot in sein Bassin an.

d) Bei einer **zusammengesetzten** Sache (N. 1₂) ist allerdings auch eine Beschdgg. ohne Beschdgg. der einzelnen Teile denkbar, dann nämlich, wenn die Wiedervereinigung der auseinander genommenen Teile besonders schwierig bzw. sogar unmöglich gemacht ist,

so daß sogar eine Zerstörung (N. 3) des Sachganzen vorliegen würde; so **RG.** zit. E. **13** 27 (das aber i. c. die Beschdgg. eines Stauwerkes durch Herausnahme seiner Bretter aus den Fachsäulen verneinte, weil dies eine Maßnahme sei, die der Eigentümer selbst jedesmal vornehme, wenn er nicht wässern wolle), das N. 1_3 zit. E. **31** 329 (das, in Anlehnung an Berlin OTr. O. **3** 59 btr. Wegweiser, Zerstörung eines Wasserstdsmerkmals durch Heraushebung des Steines aus dem Grund und Boden annahm), ferner München Oberstes LG. 6. Nov. 00 E. **1** 195 (Wegnehmen u. Wegwerfen einzelner Teile, so daß sie nur mit Mühe o. gar nicht aufgefunden werden konnten, wodurch eine vorübergehende Unbrauchbarmachg. der Sache bewirkt würde).

5) Wegen „Zerstörung" vgl. § 125 N. 3c. Da die Zerstörung ein höherer Grad der Beschdgg. (N. 4) ist, so muß, was von dieser gilt, auch auf jene Anwendung finden.

Die Zerstörung kann namentl. durch Inbrandsetzung o. Herbeiführung einer Explosion (§ 311) verursacht werden; **RG.** I 1. Feb. 92 E. **22** 325, das im übrigen mit Recht für unerheblich erklärt, ob der Erfolg auch ohne die eigene Tätigkeit des Angeklagten eingetreten sein würde (i. c. durch Fortbrennen des in Flammen stehenden Gebäudes). Ferner bei Tieren durch Vergiftung; die N. 1_2 zitt. Dresden St. **1** 43, 8 291; vgl. § 324 N. 2.

6) Für beide Alternativen gilt gleichmäßig, daß, wenn die Hdlg. auch nicht durch den Eigentümer selbst begangen werden kann (N. 2), dennoch der Nichteigentümer des Eigentümers als Werkzeuges, unter Täuschung seiner, sich bedienen kann; eine Ausschließung dieses allg. Grundsatzes ist durch die Natur des Deliktes nicht bedingt; so die GM.

7) Die Beschädigung o. Zerstörung der Sache muß „rechtswidrig" sein, d. h. gegen das objektive Recht verstoßen (vgl. §§ 242 N. 32, 246 N. 18, 263 N. 45); die ausdrückliche Hervorhebung dieses objektiven Merkmals ist hier ebenso überflüssig wie im § 239 (das. N. 8b); denn es ist selbstverständlich, daß eine rechtmäßige Sachbeschdgg. eine strafb. Hdlg. nicht sein kann; Binding Normen **1** 214 f.

Die Rechtswidrigkeit kann, wie die GM., insbs. **RG.** III 11. Nov. 95 E. **27** 420 (selbst für den Fall der Verfolgung eines rechtswidrigen Zweckes, wie z. B. die Erlangung einer Versicherungssumme) annimmt, namentl. durch die Einwilligung des Eigentümers oder seines Vertreters ausgeschlossen sein, ferner aber durch gesetzliche Vorschriften. Als reichsrechtliche Normen kommen, abgesehen vom § 53 (das. N. 12b; vgl. dagegen § 54 N. 5), außer HGB. §§ 564, 706[1], 853[1] u. SeemannsO. § 87_2 (über den sog. Seewurf 2c. sich verhaltend) jetzt namentl. die Vorschriften des BGB. (insbs. §§ 228 f., 904, 910, 962), in Betracht, andererseits aber auch § 1 des G. btr. den Schutz der Brieftauben v. 28. Mai 1894 i. V. mit EGBGB. Art. 130.

Die Frage, ob durch berechtigte Selbsthilfe die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sei, ist namentl. bei der Tötung umherlaufender Hunde seitens Jagdberechtigter bzw. deren Beauftragter zur Erörterung gekommen; sie ist auch in Zukunft nach Maßgabe der btr. landesgesetzl. Vorschriften zu beantworten, da diese nach EGBGB. Art. 69 als unberührt geblieben zu erachten sind, indem jene Vorschriften die Art bestimmen, wie das Jagdrecht ausgeübt werden darf; nur in Ermangelung landesrechtl. Vorschriften greifen dies. des BGB. Platz, insbs. § 228; vgl. § 53 N. 6_2, insbs. das dort zit. **RG.** E. **34** 295. Vgl. deshalb btr. GR.: Berlin 19. Dez. 77 St. 8 282, btr. Preuß. R. (vgl. PrAusführungsG. z. BGB. Art. 89), insbs. btr. PrALR. (II 16 §§ 64—67): **RG.** III 17. Dez. 81 R. **3** 810, II 14. März 93, 1. Feb. 98, E. **24** 62, G. **46** 121, III 30. Apr. 03 E. **36** 230, VI ZS. 22. Okt. 94 EZS. **34** 196, Berlin 23. März 78 O. **19** 158, btr. verschiedener PrProvinzialrechte: **RG.** II 24. Okt. 82, 15. Nov. 92, E. **7** 128, **23** 296, Berlin 30. Dez. 73, 8. Mai 74, 1. Okt. 75, 1. Nov. 76, 23. März 78, 15. Mai 79, O. **14** 788, **15** 296, **16** 622, **17** 708, **19** 158, **20** 264, KG. I 3. Apr. 05 Jahrb. **29** C 83, btr. BayerR. (insbs. V. v. 5. Okt. 1863): **RG.** I 29. Juni 93 E. **24** 225, München ObersteLG. 12. Mai 02 E. **2** 366 (vertragsmäßige Begebung des Tötungsrechts seitens des Jagdberechtigten u. trotzdem vorgenommene widerrechtl. Tötung).

8) Das Gesetz bezeichnet die Hdlg. als eine „vorsätzliche"; demnach genügt die Verwirklichung des Tatbestandes mit dem Bewußtsein von allen Deliktsmerkmalen, während

eine auf Herbeiführung der Beschdgg. gerichtete Absicht nicht vorausgesetzt wird (s. auch N. 10); RG. IV 29. Okt. 86 E. **15** 12. Durch die ausdrückliche Hervorhebung der „Vorsätzlichkeit" der Hdlg. hat namentl. die Straflosigkeit der fahrlässigen Sachbeschdgg. klar gestellt werden sollen (Abschn. 26 N. 2).

Der Vorsatz, der nicht nur auf die Beschdgg. einer „Sache" überhaupt, sondern gerade auf die „einer fremden Sache" gerichtet sein muß, wodurch der Dolus im Falle des § 303 seine eigentümliche, ihn vom Dolus in einem anderen Falle der Sachbeschdgg. (§ 304 N. 4) unterscheidende Richtung erhält, ist in der Praxis z. B.

a. bejaht von Berlin 6. Apr. 76 O. **17** 260 (Vergiftung von Federvieh des Nachbars durch Streuen von Gift auf das eigene Grundstück);

b. verneint (und zwar schon hinsichtl. der Beschdgg. überhaupt) von: RG. III 21. Apr. 80 R. **1** 640 (Zusammenballen eines bei Zustellung eines amtlichen Erlasses zum Vollzuge vorgelegten Postbehändigungsscheines), dem N. 4a zit. E. **33** 177 (weil der Wille auf Beseitigung eines Mangels der Sache gerichtet gewesen sei).

9) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wird bei der Sachbeschdgg., weil der Gesetzgeber es hier für angemessen erachtet hat, das Tatbestandsmoment der objektiven Rechtswidrigkeit ausdrücklich hervorzuheben (N. 7), allgemein erfordert (§ 59 N. 30); so insbs. von RG. II 12. März 89 E. **19** 87 (btr. § 304). Die GM. steht hier auch nicht an, selbst dann, wenn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit durch einen Rechtsirrtum ausgeschlossen ist, das Vorliegen einer strafb. Sachbeschdgg. zu verneinen; so insbs. RG. IV 26. März 89 E. **19** 209, Berlin KG. I 3. Apr. 05 Jahrb. **29** C 83 (beide btr. Irrtum über die Grenzen der erlaubten Selbsthilfe, insbs. über die Befugnis zur Tötung von Hunden; N. 7_3). Im Einzelfall wurde das Bewußtsein mit Rücksicht auf die Wertlosigkeit des Objektes von dem N. 8b zit. RG. R. **1** 640 verneint.

10) Der mit der Hdlg. verfolgte Zweck fällt nur für die Strafzumessung ins Gewicht, ist aber für den Tatbestand gleichgültig; München 14. Apr. 77 St. **7** 185. Deshalb kann das Vergehen vorliegen, wenn die Sachbeschdgg. lediglich zur Vorbereitung eines anderen Deliktes diente; N. 12b sowie § 73 N. 10 II b δ.

11) Der Versuch (§ 43) ist im Absatz 2 für strafbar erklärt; vgl. N. 4b Abs. 1 aE. Übrigens liegt vollendete und nicht bloß versuchte Sachbeschdgg. vor, wenn eine Beschdgg. der Sache eintrat, mochte sie auch nicht den beabsichtigten Umfang erreicht bzw. nicht, wie beabsichtigt, zur Zerstörung geführt haben.

12) Das Verhältnis zu anderen §§. btr., so kommt namentl. in Betracht dasjenige:

a. zum § 133; soweit der Tatbestand durch Vernichtung o. Beschädigung erfüllt wird (das. N. 4), kann Idealkonk. (§ 73) vorliegen, falls der „Gegenstand" ein fremder ist; so: Frank N. VI u. § 133 N. III, Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrsams S. 95; aM. Binding Lb. **2** 606 (bei versuchter Sachbeschädgg. müßten freilich §§ 303, 43 Anwendung finden). Dahin führt auch die Konsequenz des o. N. 4a zit. RG. E. **19** 319;

b. zu den §§ 242, 243 bzw. § 246. Der schwere Diebst. mittels Einbruchs (§ 243²) schließt begrifflich den Tatbestand der Sachbeschdgg. in sich (§ 243 N. 17); wollte man das aber auch mit der GM. verneinen, so ist doch jedenfalls die Sachbeschdgg. vom Gesetze als die regelmäßige Begehungsart vorausgesetzt; demgemäß wird die Sachbeschdgg. durch das Verbr. aus § 243² konsumiert (§ 73 N. 14a; vgl. insbs. das das. zit. RG. IV 29. Sept. 93 E. **24** 269, wodurch das abweichende E. **15** 12 modifiziert erscheint); so die GM., insbs. RG. III 27. Apr. 81 R. **3** 251; aM. Frank N. VI u. § 243 N. III 6_2. Abgesehen hiervon kann eine Sachbeschdgg. als eine selbständige Hdlg., wie zur Vorbereitung anderer Straftaten (N. 10), so namentl. auch zur Vorbereitung eines Diebst. dienen und mit diesem in Realkonk. (§ 74) treten; RG. III 27. Apr. 81 R. **3** 251; umgekehrt kann aber auch ein Diebst. an einer Sache begangen werden, um sie zu zerstören (vgl. § 242 N. 30c, insbs. wg. der abweichenden GM.), in welchem Falle jedoch die demnächstige Zerstörung selbst nicht als Sachbeschdgg. strafbar ist, da in ihr alsdann nur die Verwirklichung der von vornherein beabsichtigten Zueignung zu finden ist (§ 242 N. 33). Dasselbe gilt im Falle der Unterschl. einer Sache, wobei die Zerstörung nur als weiterer Ausführungsakt zur

Verwirklichung des Unterschlaggsvorsatzes erscheint (§ 246 N. 11, 12); RG. FS. 22. Sept. 88 R. 10 488, RMG. I 21. März 04 E. 7 11;

c. zum § 274^{1}; der dort aufgestellte Tatbestand, insofern er die Vernichtung oder Beschdgg. einer Urk. betrifft (§ 274 N. 4, 5), ist — hinsichtlich des Objektes — ein engerer als derjenige des § 303 und schließt somit diesen aus; Frank N. VI u. § 274 N. III (vgl. jedoch auch das. N. I 3, wo unter Bezugnahme auf das o. § 274 N. 7b zit. RG. E. 31 143 ev. auch alleinige Anwendbarkeit des § 303 behauptet wird);

d. zum § 299; soweit die Beschdgg. des verschlossenen Schriftstücks der Eröffnung desselben dient, geht sie im Verg. des § 299 unter; eine weitergehende Beschdgg. kann mit letzterem in Konkurrenz treten; zit. RMG. E. 7 11, Binding Hb. 1 369;

e. zu den §§ 304 (das. N. 6b), 305 (das. N. 5), 306 (das. N. 12c), 308 (das. N. 9b), 318 (das. N. 1_2);

f. zu den durch EG. § 2_2 aufrechterhaltenen „besonderen Vorschriften"; soweit diese Strafbestimmungen gegen Beschdggen fremder Sachen, insbs. auch von fremdem Grund u. Boden, enthalten, gehen sie als speziellere dem § 303 vor; RG. I 9. Nov. 82 E. 7 396 (übrigens verneinend, daß in Baden derartige feldpoliz. Vorschriften beständen).

13) Nach Absatz 3 tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein (§§ 61 ff.).

a) Antragsberechtigt ist der durch die Sachbeschädigung Verletzte (§ 61 N. 10). Das ist zweifellos stets der Eigentümer bzw. gutgläubige Besitzer; es ist aber auch nur dieser. § 303, bei dem allein die Antragsberechtigung in Frage kommt, bezweckt lediglich den Schutz des Eigentums (Abschn. 26 N. 1), wie daraus erhellt, daß nur die Beschädigung einer fremden Sache (N. 2) mit Strafe bedroht ist, somit gegen die Sache gerichtete Hdlgen des Eigentümers zur Wahrung an der Sache begründeter Interessen anderer, namentl. dinglich Berechtigter, niemals aus § 303 zur Verantwortung gezogen werden können. So: Binding Hb. 1 620, Geyer 2 42, Hälschner 2 389, v. Liszt S. 450 (vgl. auch Deliktsobligationen S. 97 ff.), Merkel S. 317 u. HH. 4 363 (vgl. jedoch HH. 3 854), H. Meyer S. 538, Reber Antragsdel. S. 401, Herzog GS. 26 209, auch wohl Keßler Einwllgg. d. Verl. S. 66. Häufig, vorzüglich aber in der Praxis, wird der Kreis der antragsberechtigten Personen weiter gezogen. So wird namentl. für antragsberechtigt erachtet der an der Sache dinglich Berechtigte, sofern er durch die Beschdgg. in seinen Rechten gleichfalls beeinträchtigt ist; v. Bar G. 19 648; ferner wer nur ein persönliches Recht auf die Sache hat, vorausgesetzt, daß er durch die Sachbeschdgg. unmittelbar selbst in seinem Rechte geschädigt wird; so: Schütze S. 498 N. 5, Frank N. V, Rubo N. 8, Oppenh.-D. N. 16, Rüd.-St. N. 10, v. Schwarze N. 14, Ressel Antragsber. S. 29, Köhler Strafantrag S. 52; auch Dörr Objekt d. Vermögensdel. S. 142 ff., 207; ferner RG., insbs. III 22. Juni 81, I 18. Juni 83, E. 4 326, 8 399, II 28. Nov. 84 R. 6 766 (jeder, dessen Rechte durch die Beschdgg. unmittelbar verletzt würden, sei antragsberechtigt), einschränkend aber IV 12. Mai 03 G. 50 287 (nur der Eigentümer u. derj., dem unmittelbar an der Sache ein Gebrauchsrecht eingeräumt sei). Im einzelnen ist in der Praxis für antragsberechtigt erachtet:

α. derjenige, dem vertragsmäßig das Recht eingeräumt war, an den Wandpfeilern eines Hauses durch Malerei Firmenschilder anbringen zu lassen, gegenüber einer Beschädigung der letzteren; RG. II 12. März 80 E. 1 306;

β. der Leiher der beschädigten Sache; zit. RG. E. 4 326;

γ. der Pächter bzw. Mieter der beschädigten Sache; zit. RG. R. 6 766 (speziell btr. der von ihrem Ehemanne getrennt in selbstgemieteter Wohnung wohnenden Ehefrau gegen den die Wohnung beschädigenden Ehemann);

δ. wer an unbefugt vorgenommenen Pflanzungen auf fremdem Grund und Boden einen persönl., obschon durch den Willen des Nutzungsberechtigten bedingten, Anspruch hat, gegenüber der Beschdgg. der Pflanzungen; Berlin 18. Dez. 77 O. 18 795;

während mit Recht verneint ist die Antragsberechtigung: αα. der Versicherungsgesellschaft, bei der die Sache versichert war; zit. RG. G. 50 287, sowie ββ. der Bewohner eines beschädigten Hauses, als solcher; Berlin 5. Juni 78 O. 19 301.

b) Bei kumulativer Antragsberechtigung mehrerer Miteigentümer (§ 61 N. 59) hat jeder Miteigentümer das Antragsrecht selbständig, namentl. auch gegen den beschädigenden Miteigentümer (N. 2₃); Stuttgart 5. Juli 76 St. 6 369.

c) Btr. der durch Abs. 4 bedingt gestatteten Zurücknahme des Antrages vgl. § 232 N. 4.

14) Die Strafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Geldstr. von 3—1000 M. (§ 27) oder Gefängnis von 1 T.—2 J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle“ angedroht, gemäß § 28₂ (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

Der Versuch (N. 11) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen.

15) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist, wenn der Schaden 150 M. nicht übersteigt (§ 47 N. 30), SchöffenG., sonst, insbs. in allen Fällen, wo dieser Wert nicht festgestellt werden kann (namentl. im Falle des Versuchs; § 44 N. 12), Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. § 27 [7] (G. v. 5. VI. 05), §§ 73 [1], 75 [12].

§. 304.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig Gegenstände der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft, oder Sachen, die dem Gottesdienste gewidmet sind, oder Grabmäler, öffentliche Denkmäler, Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich aufgestellt sind, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen, oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen, beschädigt oder zerstört, wird mit Gefängniß bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnißstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 282. Entw. I § 282, II § 301.
MStGO. §§ 16², 63¹.

1) Das Objekt der qualifizierten Sachbeschdgg. ist zwar, wie das der einfachen aus § 303 (das. N. 1), eine „Sache“, allein der Tatbestand des § 304 unterscheidet von dem des § 303 sich dadurch, daß:

a. nur bestimmte Sachen als Objekt in Betracht kommen (N. 2),

b. daß diese Sachen keine „fremden“ zu sein brauchen (s. jedoch N. 4); so die GM., insbs.: RG. III 30. Dez. 81 E. 5 318, II 26. Okt. 88 R. 10 595, indem das charakteristische Moment des § 304 mit Rücksicht auf die Sachen, die allein das Objekt des Verg. bilden, zutreffend in der Beeinträchtigung öffentl. Interessen gefunden wird. Es wird hiernach nicht einmal notwendig sein, daß sie überhaupt nachweisbar in jemandes Eigentum stehen (vgl. jedoch Cramer Leichnam S. 62).

Dazu tritt aber noch der weitere Unterschied, daß für die Anwendung des § 304 nur eine solche Beschdgg. (Zerstörung) in Betracht kommt, wodurch der Gegenstand in der Beziehung minder tauglich wird, vermöge der er zu den durch die Strafandrohung des § 304 besonders geschützten gehört (N. 2g); so das zit. RG. E. 5 318. Es ist deshalb festzustellen, ob durch die Hdlg. der besondere Zweck, zu dem die Sache dient, und um dessenwillen sie im § 304 Aufnahme fand, beeinträchtigt wurde; RG. I 23. Nov. 83 E. 9 219.

2) Die speziell für § 304 als Objekt in Betracht kommenden Sachen sind:

a. „Gegenstände der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft“; vgl. wg. der letzteren § 167 N. 1;

b. „Sachen, die dem Gottesdienste gewidmet sind“; vgl. § 243 [1] (das. N. 3), wo die gleiche Wendung, nur unter Gebrauch des mit „Sachen“ völlig gleichbedeutenden Ausdrucks „Gegenstände“ (vgl. o. a) sich findet;

c. „Grabmäler"; darunter sind zu verstehen die, einen Teil des „Grabes" (§ 168 N. 6bδ) bildenden, „zum Gedächtnis o. zu Ehren des Begrabenen errichteten Erinnerungszeichen"; so Meves GS. 27 339 u. ähnlich Kohler Studien 1 215 (die auf die Dauer berechnete Bezeichnung des Grabes), die jedoch das „Grabmal" nicht als einen Teil des Grabes auffassen; nach Kohler aO. 216 soll auch ein Kenotaph ein „Grabmal" sein können;

d. „öffentliche Denkmäler"; ein Denkmal, dem naturgemäß eine feste, dauernde Aufstellung zukommt, wird als ein „öffentliches" zu gelten haben, wenn es an einem „öffentlichen Orte" (§ 116 N. 2a) zur Aufstellung gelangt ist; Oppenh.-D. N. 7, Rubo N. 4;

e. „Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt oder öffentlich ausgestellt sind"; während die „öffentliche" Aufstellung lediglich örtlich verstanden werden kann (vgl. d), ist eine „Sammlung", entsprechend der § 110 N. 5 dargelegten allg. Bedeutung des Wortes „öffentlich", für eine „öffentliche" zu erachten, wenn sie unbestimmt von welchen und von wievielen Personen benutzt werden kann, d. h. wenn sie der Benutzung des Publikums, sei es auch unter gewissen reglementarischen Normen, freisteht; so jetzt auch Oppenh.-D. N. 7;

f. „Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen dienen"; der „öffentliche" Nutzen ist der des Publikums (vgl. e), sei es, daß der Gegenstand schon durch sein Dasein dem Publikum Nutzen bringt, o. daß diese Wirkung erst durch den vom Publikum gemachten besonderen Gebrauch vermittelt wird; RG. III 30. Dez. 81, I 18. Juni 83, II 10. Mai 98, 27. Juni 05, E. 5 318, 8 399, 31 143, G. 52 (btr. eines Spritzenhauses). Befördert ein Gegenstand tatsächlich den Nutzen des Publikums, bietet er dem allgemeinen Gebrauche sich dar, wie z. B. eine Baumanlage auf einem Festungsglacis (was jedoch keineswegs notwendig bei jenen Gegenständen der Fall zu sein braucht; zit. RG. E. 31 143), so „dient" er auch dem öffentl. Nutzen, ohne daß es darauf ankommt, ob dem Gegenstande von Hause aus die Zweckbestimmung, dem Publikum nützlich zu sein, innewohnte oder beigelegt ist, sowie ob er ausschließlich zu diesem oder noch zu anderen, insbs. Erwerbszwecken dient oder bestimmt ist; so: RG. III 10. Dez. 79 R. 1 134, zit. E. 5 318, 25. Juni 83, 12. Nov. 00, E. 9 26, 34 1, Geyer 2 42, v. Liszt S. 451. Wenn aber auch die Zweckbestimmung von Hause aus (vgl. dagegen § 368[10] N. eβ), bzw. deren Ausschließlichkeit für den öffentl. Nutzen hiernach nicht erforderlich ist, so genügt doch andererseits nicht ein tatsächlicher Zustand als solcher, ohne jede Rücksicht auf die Zweckbestimmung, also die rein zufällige Nützlichkeit (oder verschönernde Wirkung; s. g) des Gegenstandes, sondern es ist das Schwergewicht zu legen auf seine gegenwärtig tatsächlich bestehende Verwendung, vermöge der er z. Z. der Tat als Mittel zum Zwecke des öffentl. Nutzens (oder der Verschönerung von Wegen ꝛc.) dient; so: zit. RG. E. 9 26, Oppenh.-D. N. 8, 9. Nicht notwendig ist, daß es um feste und dauernde Einrichtungen sich handle; so kann auch ein „zerbrechliches und vergängliches Wegzeichen" dem öffentl. Nutzen dienen; Dresden 13. Feb. 72 St. 1 308. Zu den bezeichneten Gegenständen gehören auch öffentliche Wege (RG. II 10. Jan. 96 E. 28 117), namentl. die im § 305 erwähnten „Brücken, Dämme und gebauten Straßen", so daß bei einer bloßen Beschbgg. solcher (vgl. § 305 N. 4) § 304 Anwendung finden kann (München 23. Aug. 75 St. 6 33), ferner die Steine eines Präzisionsnivellements für einen Wasserlauf; zit. RG. E. 31 143. Auch bewegliche Gegenstände können darunter fallen; zit. RG. E. 34 1 (btr. eines Motorwagens);

g. „Gegenstände, welche zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen"; vgl. § 116 N. 2 sowie o. f. Zu solchen Gegenständen — gleichviel von welcher Beschaffenheit, insbs. ob beweglich o. unbeweglich (das zu f. zit. RG. E. 28 117) — gehören namentl. auch die Bäume an den öffentl. Wegen ꝛc.; mit Recht (vgl. N. 1_2) ist aber verneint, daß i. S. des § 304 notwendig eine „Beschädigung" derartiger Gegenstände in dem Abpflücken von Zierpflanzen liege; RG. I 26. Okt. 82 E. 7 190; nur unter Umständen kann schon hierin eine Beschbgg. i. S. des § 304 gefunden werden, wie z. B. wenn eine besonders kostbare, nur selten blühende Pflanze, die für sich allein zur Verschönerung einer Anlage erheblich beiträgt, ihres Blumenschmuckes beraubt

wird; RG. I 29. Nov. 83 E. 9 219. Mit Recht ist ferner **verneint**, daß eine bloße Entziehung der Früchte eines Baumes überhaupt eine derartige Beschdgg. sei; Berlin 5. Dez. 73 St. 3 379.

3) Der **objektive Tatbestand** des § 304 unterscheidet sich nur in der N. 1 hervorgehobenen Weise von dem des § 303; vgl. deshalb das. N. 3—7. Hervorzuheben ist, daß das objektive Moment der Rechtswidrigkeit (§ 303 N. 7) ausgeschlossen ist, wenn dem Täter das freie Verfügungsrecht an der Sache zusteht, obschon sie dem öffentl. Nutzen diente; so: München 22. Nov. 72, 18. Juli 73, Dresden 4. März 78, St. 2 129, 3 34, 8 284, ferner RG. II 26. Okt. 86 R. 10 595, mit der weiteren Ausführung, daß andererseits aus einem bloßen Nutzungsrechte an den Gegenständen (z. B. an den Bäumen eines Kommunikationsweges) nicht das Recht folge, sie zu zerstören.

4) Der **subjektive Tatbestand** des § 304 ist von dem des § 303 nicht unwesentlich dadurch verschieden, daß der Vorsatz auf Beschdgg. einer „fremden" Sache nicht gerichtet zu sein braucht, wohl aber der Dolus die Beschdgg. gerade einer der im § 304 bezeichneten Sachen umfassen muß; denn diese Objekte gehören zu den Deliktmerkmalen, da das Verbot, dessen Übertretung § 304 mit Strafe bedroht, nicht allgemein „die Beschädigung von Sachen" betrifft, sondern vielmehr die „Beschädigung solcher Sachen, welche nach einer der im § 304 bezeichneten Richtungen zum allgemeinen Besten dienen". Man kann daher i. S. des StGB. nicht schlechthin von einem „Dolus der Sachbeschdgg." sprechen, sondern muß zwischen den verschiedenen Delikten des Abschn. 26 unterscheiden. Im übrigen kann auf die N. 8—10 zum § 303 verwiesen werden, doch ist hervorzuheben, daß die subjektive Rechtswidrigkeit (§ 303 N. 9) unter Umständen ausgeschlossen sein wird, wenn der Täter Eigentümer der Sache war; Merkel HH. 3 855.

5) Der **Versuch** (§ 43) ist durch Abs. 3 für strafbar erklärt wie im § 303 (das. N. 11).

6) Das **Verhältnis** des § 304 kommt namentl. in Betracht:

a. **zum** § 168; wenn die beschädigende rc. Hdlg. an einem „Grabmal" (N. 2c) verübt wurde, so greift der **speziellere** Tatbestand des § 304 Platz, so daß, falls nicht noch andere Teile des Grabes beschädigt sind, von Idealkonk. keine Rede ist (§ 73 N. 12); so: Hälschner 2 718 N. 2, Merkel S. 373; aM.: Oppenh.-D. N. 5, der ausschließlich § 168 anwenden will, falls ein Grabhügel, ein Teil des Grabes, beschädigt ist, während Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 59 Gesetzeskonk. im v. Lisztschen S. (d. h. Idealkonk.) annimmt;

b. **zum** § 303; es ergibt sich aus der Ausführung o. N. 1 u. 4, daß der Tatbestand des § 304 nicht etwa der engere ist, daß vielmehr die §§ 303 und 304 miteinander in Idealkonk. (§ 73) treten, sobald eine der im § 304 bezeichneten Sachen beschädigt wird, die gleichzeitig für den Täter eine „fremde" ist;

c. **zu den** §§ 306 (das. N. 12c), 308 (das. N. 9b), 317 (das. N. 4), 318 (das. N. 1), 318a (das. N. 1), 321 (das. N. 11a);

d. **zu den** durch EG. § 2, aufrechterhaltenen „besonderen Bestimmungen" über Bestrafungen von Sachbeschädigungen, namentl. diejenigen in den Forst- u. Feldpolizeigesetzen; diese treten gegenüber dem § 304 zufolge allgemeinen Grundsatzes außer Anwendung, sobald dessen Bestimmung als die speziellere sich erweist; Berlin 5. Dez., 26. Nov. 73, 12. März 79, St. 3 379, O. 14 755, 20 132.

7) Das Verg. ist **von Amts wegen** zu verfolgen; die Abs. 3 u. 4 des § 303 können ihrer Stellung nach (vgl. § 123 N. 21) auf § 304 nicht bezogen werden; so die GM.

8) Die **Hauptstrafe** des **vollendeten** Verg. ist wahlweise Gefängnis von 1 T. bis 3 J. (§ 16) oder Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27). Als **Nebenstr.** kann nach Abs. 2 i. V. mit § 32 VbEN. erkannt werden.

Der **Versuch** (N. 5) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

9) Die **Strafverfolgung verjährt** nach § 67, in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73[1], 75[12].

§. 305.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig ein Gebäude, ein Schiff, eine Brücke, einen Damm, eine gebaute Straße, eine Eisenbahn oder ein anderes Bauwerk, welche fremdes Eigenthum sind, ganz oder theilweise zerstört, wird mit Gefängniß nicht unter Einem Monat bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 283. Entw. I § 283, II § 302.

1) Gleichwie im Falle des § 304, so bilden auch bei dem schwersten Falle der Sachbeschädigung aus § 305 lediglich „Sachen“ i. S. des § 303 (das. N. 1) das Objekt des Verg. Auch kommen, wie beim § 304, nur gewisse Sachen als Objekt in Betracht (N. 2, 3), während der Tatbestand des § 305, abweichend von dem des § 304 (das. N. 1b), daran festhält, daß das Objekt „fremdes Eigentum“ (§ 303 N. 2) sein müsse; RG. I 18. Juni 83 E. 8 399.

2) Die speziell für § 305 als Objekte in Betracht kommenden Sachen sind — nach Auffassung des Gesetzgebers — durchweg Bauwerke; denn die Worte „oder ein anderes Bauwerk“ (code pénal art. 437 „ou autres constructions“) müssen grammatikalisch auf alle vorangegangenen Substantiva, einschließlich der „Schiffe“, bezogen werden (in dem zit. Art. des code wird freilich der „Schiffe“ nicht gedacht); man wird deshalb eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) für ausreichend zu erachten haben; so auch Wertheimer Mischgesetze S. 63. Ist es nun hiernach zwar nicht richtig, daß der Ausdruck „Bauwerke“ im § 305 lediglich unbewegliche Konstruktionen bezeichne, so wird man doch aus den einzelnen im § 305 aufgeführten Beispielen der „Bauwerke“ (N. 3) in Verbindung damit, daß eine besondere Vorschrift zum Schutze fremden Eigentums dieser Art überhaupt für notwendig erachtet ist, entnehmen müssen, daß der Gesetzgeber in der Tat nur solche Herrichtungen von Menschenhand im Auge habe, die mit dem Grund und Boden in Zusammenhang stehen, oder die in volkswirtschaftlicher Hinsicht eine gleiche Bedeutung wie diese beanspruchen; dazu gehören namentl. die „Schiffe“; man wird aber unter jener Voraussetzung auch andere mit dem Grund und Boden in fester Verbindung nicht stehende Bauwerke (vgl. § 243 N. 11) gleichfalls als Objekte des Verg. aus § 305 ansehen müssen, wie z. B. fortzubewegende Mühlen. Die GM., insbs. RG. III 26. Juni 84 R. 6 477, IV 11. Feb. 87, 2. Okt. 00, E. 15 263, 33 391, fordert dagegen unbewegliche Sachen bzw. Herrichtungen (anders jedoch Binding Lb. 1 250, nicht lediglich unbewegl. Sachen, aber keine Schiffe); nach ihr stellt ein Bauwerk ein selbständiges, von Menschenhand auf dem Erdboden errichtetes, für eine gewisse Dauer bestimmtes Ganzes dar; aus der Generalklausel soll nach dem zit. RG. E. 15 263 zu entnehmen sein, einesteils, daß die im § 305 aufgezählten Werke als „Bauwerke“ angesehen werden sollten, anderenteils, daß die dort generell zusammengefaßten Bauwerke denselben Charakter wie jene, also Immobiliareigenschaft, besitzen müßten; das bestätige die Entstehungsgeschichte, indem der code die Worte des Entwurfs „ou autres immobilières“ lediglich deshalb durch die oben wiedergegebenen Worte ersetzt habe, weil man Zweifel darüber befürchtet habe, was unter „immobilières“ zu verstehen sei; nur anscheinend stehe die Nennung der „Schiffe“ entgegen, da dies dadurch sich erkläre, daß sie nicht nur im PrStGB., sondern auch im Gebiete des PrZivilrechts den unbewegl. Sachen gleich behandelt würden. Für die Unbeweglichkeit wird eine mechan. Verbindung mit dem Erdboden nicht erfordert, vielmehr anerkannt, daß sie auch durch eigene Schwere begründet sein könne; so RG. I 28. März 87 R. 9 198, das einen auf einem Balkenfundament ruhenden, in Fachwerkbau errichteten und gedeckten Abtritt als Bauwerk erachtete, ferner zit. E. 33 391 btr. einer durch eigene Schwere an den Standort gebundenen Brücke. Mit Recht sind im übrigen in Anlehnung an den gem. Sprachgebrauch (vgl. RG. I 16. Sept. 97 E. 30 246) in der Praxis des RG. für ein Bauwerk (vgl. auch § 367[14]) erachtet:

ein „Hoftor“, als ein „von Menschenhand errichtetes, mit dem Grundstück zusammenhängendes, für einen dauernden Zweck bestimmtes Werk“; III 30. Juni 80 R. 2 140;

eine in festem Steinbau aufgeführte Grenzmauer; zit. R. 6 477 (ohne Rücksicht auf den Vermögenswert oder die Vollendung der Ausführung);

die künstlichen, einen Fischzuchtteich herstellenden Anlagen; zit. RG. E. 15 263;

während einem beim Brande eines Wohnhauses stehengebliebenen Schornsteine der Charakter eines „Bauwerks" abgesprochen ist; III 11. Nov. 95 E. 27 420.

Liegt ein Bauwerk im obigen Sinne vor, so kommt es darauf, ob es bereits vollendet war, nicht an; vgl. zitt. RG. R. 6 477, E. 30 246, letzteres diese Frage ausdrücklich behandelnd.

3) Die einzelnen im § 305 hervorgehobenen Bauwerke sind folgende:

a. ein „Gebäude"; vgl. § 243 N. 11, 14;

b. ein „Schiff"; nach der Ausführung in N. 2 sind unter „Schiffen" i. S. des § 305 nur solche auf dem Wasser zu benutzende Fahrzeuge zu verstehen, die „ihrer Größe und Bedeutung wegen den unbeweglichen Gegenständen gleichzuachten sind" (§ 265 N. 2a); so Meves StrZ. 13 395 f., dem Frank N. IV 2, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 3 u. v. Schwarze N. 4 sich anschließen, weshalb sie namentl. „Kähne und Gondeln" nicht für Schiffe erachten; aM. Binding Lb. 1 251;

c. eine „Brücke" (vgl. auch das N. 2 zit. RG. E. 33 391), gleichgültig, ob sie eine öffentliche ist o. im Privateigentum steht, ob sie zwei Wegstrecken oder zwei getrennte Grundstücke verbindet, ob sie wesentlich zum Verkehr für Menschen o. zum Viehtrieb dient; RG. III 24. Mai 83 R. 5 383, 27. Feb. 93 E. 23 26, letzteres aber, abweichend vom ersteren, namentl. mit Rücksicht auf die Zusammenstllg. mit den übrigen bezeichneten „Bauwerken" und in Unterscheidung von bloßen „Stegen" Gewicht darauf legend, daß es um ein Bauwerk von einiger Erheblichkeit, d. h. von einer gew. Größe, innerer Festigkeit u. nicht ganz unbedeutender Tragfähigkt. sich handele;

d. ein „Damm"; daß hierunter nur ein solches Erdwerk zu verstehen sei, wodurch benachbartes Land gegen Überschwemmungen geschützt werden solle, deutet das Gesetz nicht an und wird deshalb nicht anzunehmen sein; Oppenh.-D. N. 6a;

e. eine „gebaute Straße"; dieser Ausdruck ist umfassender als das im code pénal Art. 437 gebrauchte Wort „chaussée"; man wird darunter vielmehr alle wesentlich von Menschenhand angelegten Land- und Wasserstraßen (Kanäle) verstehen müssen, während eine „natürliche" Straße dadurch, daß ihr in untergeordneter Weise durch Menschenhand nachgeholfen wird, nicht zu einer „gebauten" wird; so Oppenh.-D. N. 5, der mit Recht gegen Rüd.-St. N. 4 hervorhebt, daß die Straße nicht notwendig dem „öffentlichen Verkehr" zu dienen brauche. Wenn letzterer u. ebenso Dresden 4. Jan. 75 St. 6 35 verlangen, daß die Straße „vollendet" sein müsse, so scheint auch dieses zu weit zu gehen; allerdings wird der Umfang der ausgeführten Arbeit dafür entscheidend sein, ob man schon von einer „Straße" sprechen kann oder nicht;

f. eine „Eisenbahn" (vgl. §§ 90² N. 3a, 243⁴ N. 37c, 315 N. 3); darunter ist hier, wo eine Unterordnung unter den allgemeinen Begriff „Bauwerk" stattfinden muß, die unbewegliche Eisenbahnanlage, der die Schienenstränge tragende Untergrund, der sog. Unter- und Oberbau, zu verstehen; so: Binding Lb. 1 251, Frank N. IV 5, Oppenh.-D. N. 7, Meves GS. 26 194, Supper Eisenbahnstrafr. S. 76, Schrötter Preuß. Eisenbahnr. S. 247 N. 2, Endemann Eisenbahnr. S. 728, während Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 149 u. Eger Preuß. Eisenbahnr. 2 159 insofern noch weiter gehen, als sie alle unbewegl. Teile der Eisenbahn, einschließlich der Hochbauten, dem Begriffe unterstellen, ein praktisch unerheblicher Meinungsstreit, da die Hochbauten als „Gebäude" unter den §. fallen. „Pferdebahnen" sind übrigens nach dem Zwecke, den § 305 verfolgt (N. 2), unter dessen Strafbestimmung nicht mitbegriffen; so: zit. Dresden, v. Liszt S. 452, Rüd.-St. N. 4, Loock aO. 148 (der nur die dem allg. öffentl. Verkehr dienenden Lokomotiveisenbahnen hierhin rechnet, nicht dagegen die „Kleinbahnen" sowie die privaten Industriebahnen); aM.: Binding Lb. 1 251 (das Moment des Bauwerks schlage für die Begriffsbestimmung durch), Supper aO. 77, Meves aO. 192 ff. Wohl aber fallen sie, auch wenn ihre Schienen lediglich

in eine bereits vorhandene Straße eingelassen sind, unter den allgemeinen Begriff eines „Bauwerks" (N. 2) bzw. unter den einer „gebauten Straße" (e); zit. Dresden, Loock aO. 149.

4) Was die Handlung selbst anbetrifft, so kommt für § 305 nur die „Zerstörung", also nur die eine Alternative des § 303 (das. N. 5) in Betracht. Das Gesetz erfordert keine gänzliche Zerstörung, sondern es reicht nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes eine nur teilweise hin; § 125 N. 3c. In der Praxis des RG. wurde „Zerstörung" angenommen u. zwar a. „gänzliche": bei gewaltsamer Unbrauchbarmachung eines Hoftores als solchen; III 30. Juni 80 R. 2 140; b. „teilweise": bei Wegnahme des Geländers einer Brücke, sofern diese dadurch zu einem Teil ihrer Zweckbestimmung (freier Verkehr für Menschen, Tiere, Fuhrwerke) unbrauchbar gemacht wurde und etwa nur noch als Fußgängersteg bzw. für vorsichtiges Überschreiten bei Tage brauchbar blieb; III 4. Mai 85 R. 7 274; beim Herausschlagen der Seitenwände eines Gebäudes; IV 30. Mai 93 G. 41 137. Dagegen wurde eine Zerstörung beim Durchbrechen des Fußbodens einer Gefängniszelle von Dresden 3. Aug. 74 St. 5 157 verneint.

5) Da der Tatbestand des § 305 gegenüber dem des § 303 andere Abweichungen als die in N. 1 u. 4 hervorgehobenen nicht enthält, so stellt das Verg. aus § 305 lediglich als eine qualifizierte Sachbeschdgg. aus § 303 (vgl. deshalb das. N. 1—10) sich dar; die straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 sind einerseits die Objekte, andererseits der Grad der Beschdgg. Diese Qualifikationsmerkmale sind bloße Strafbarkeitsmerkmale, während der Dolus derselbe wie bei der Sachbeschdgg. aus § 303 ist; wegen der Beziehung des „vorsätzlich" auf den ganzen Inhalt des § 305 ist aber zweifellos, daß dem Täter die Strafbarkeitsmerkmale bei Begehung der Tat bekannt gewesen sein müssen.

6) Der Versuch (§ 43) ist nach Abs. 2 strafbar, wie im Falle des § 303 (das. N. 11).

7) Wegen des Verhältnises zum § 303 vgl. o. N. 5, im übrigen aber im allg. § 303 N. 12 sowie §§ 306 N. 12c, 308 N. 9b, 315 N. 14b, 321 N. 11b.

8) Das Verg. ist von Amts wegen zu verfolgen; vgl. § 304 N. 7.

9) Die Strafe des vollendeten Verg. ist Gefängnis von 1 Mt.—5 J. (§ 16).

Der Versuch (N. 6) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen.

10) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

Siebenundzwanzigster Abschnitt.

Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen.

1) Der Gesetzgeber hat ausweislich der Motive im Abschn. 27 diejenigen V. u. V. unter Strafe stellen wollen, „mit deren Begehung die Wahrscheinlichkeit einer allgemeinen Gefahr für Menschen oder Sachen gegeben ist". Trotzdem ist die „gemeine Gefahr" (§ 312 N. 4) nur in den §§ 312—314 zum Tatbestandsmerkmal erhoben (vgl. außerdem die §§ 360[10], 360[2]).

Die übrigen aus Abschn. 27 strafb. Hdlgen erfordern eine Gemeingefahr im Einzelfalle nicht, allein sie tragen, nach Ansicht des Gesetzgebers, regelmäßig einen gemeingefährl. Charakter, so daß also wenigstens eine abstrakte Gemeingefahr die Voraussetzung bildet. Diese Delikte sind zum Teil Verletzungsdelikte, zum Teil zwar Gefährdungsdelikte, aber solche, die nicht die Herbeiführung einer gemeinen Gefahr, sondern einer besonderen Gefahr erfordern und zwar: „für den Transport einer Eisenbahn" (§§ 315 f.), für die „Schiffahrt" (§ 322), für „andere" bzw. für „einen anderen" (§§ 321, 330 bzw. 323); vgl. Binding Lb. 2 6 f. u. Normen 2 578, Merkel S. 352, H. Meyer S. 692 f., Rotering G. 31 271 ff. Dagegen nehmen auch bei dieser Gruppe der Gefährdungsdelikte das Erfordernis der „gemeinen Gefahr" im Einzelfalle an · einerseits Meves StrZ. 13 377 (und zwar auf Grund „richtiger Redaktion"), andererseits Siebenhaar ZStrW. 4 270. Vgl. übrigens namentl. noch Hälschner 2 596 ff. sowie v. Rohland Gefahr S. 55 ff.

Die GM., insbs. RG. II 4. Dez. 83 E. 9 233, nimmt hiernach mit Recht an, daß ausschließlich der Tatbestand des einzelnen der im Abschn. 27 aufgestellten V. u. V. maßgebend ist, daß dagegen auf Grund der Überschrift des Abschn. allein die „Gemeinge-

fährlichkeit" niemals als ein Erfordernis angesehen werden darf. Daraus folgt aber auch weiter, daß man im Abschn. 27 nicht die **Materie** der gemeingefährl. Verbr. i. S. des EG. § 2 als geregelt ansehen kann, daß es vielmehr nur sich fragen kann, welche Materien durch die einzelnen Deliktsgruppen des Abschn. eine Regelung erfahren haben; Binding Hb. **1** 321.

2) Daß alle gemeingefährl. V. u. V. zu den sog. **Dauerdelikten** (§ 73 N. 5c) gehören, derartig, daß sie andauerten, solange der bei ihnen durch die Hdlg. herbeigeführte Zustand der Gefahr bestehen bleibe, folglich erst endigten, wenn die Gefahr in ihre Verwirklichung umschlage o. wegfalle, nimmt RG. I 7. Juni 86 E. **14** 214 an. Es erscheint das jedoch in dieser Allgemeinheit nicht richtig, vielmehr wird es immer auf den besonderen Verbrechenstatbestand ankommen; vgl. § 67 N. 15, insbs. das das. zu Iaα zit. RG. E. **9** 152.

3) Wegen der bezüglich der „gemeingefährlichen **Verbrechen**" (§§ 306, 307, 308, 311, 312, 313_1, 314, 315, 321_2, 322, 323, 324) bestehenden **Anzeigepflicht** vgl. § 139 N. 1g.

§. 306.

Wegen Brandstiftung wird mit Zuchthaus bestraft, wer vorsätzlich in Brand setzt:

1) **ein zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes Gebäude,**
2) **ein Gebäude, ein Schiff oder eine Hütte, welche zur Wohnung von Menschen dienen, oder**
3) **eine Räumlichkeit, welche zeitweise zum Aufenthalt von Menschen dient, und zwar zu einer Zeit, während welcher Menschen in derselben sich aufzuhalten pflegen.**

PrStGB. § 285. Entw. I § 285 Abs. 1, 4, **II § 303.**
Vgl. §§ 308 Abs. 1, 309, 325.

Zu §§ 306—310. **Brandstiftung.** N. 1, 2.

1) In den auf die Entfesselung der Naturkraft des Feuers bezüglichen §§ 306 bis 310 wird die **Materie der Brandstiftung** geregelt, indem die §§ 306—308 die vorsätzliche, § 309 die fahrlässige Brandstiftung betreffen, § 310 aber eine gemeinschaftliche Bestimmung enthält. Es sind deshalb nach EG. § 2_1 alle landesgesetzl. die Brandstiftung btr. Vorschriften außer Kraft getreten, namentl. auch die über den sog. Heidebrand; denn, obschon desselben in RStGB. keine Erwähnung geschieht, so bildet er doch nicht selbst eine „Materie" i. S. des zit. § 2; aM. Schütze S. 516 N. 30. Abweichendes gilt nur, insoweit durch § 2_2 die „besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts" in Kraft erhalten sind, also namentl. insoweit die Forst- u. Feldpolizeigesetze Bestimmungen über die Bestrafung von Brandstiftungen, insbs. auch von Heidebränden, enthalten (vgl. z. B. PrFFPG. § 32); Oppenh.-D. § 308 N. 13.

Darüber, daß auch § 8 des PrG. v. 4. Juni 1851 über den Belagerungszustand, wonach die „vorsätzliche Brandstiftung in einem in Belagerungszustand erklärten Orte oder Distrikte" mit dem Tode bestraft werden soll, für aufgehoben zu erachten ist, vgl. die entsprechende N. in der 5. Aufl. d. Komm.

2) Sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Brandst. erfordert ein „**Inbrandsetzen**" als äußere Handlung; vgl. „wer . . in Brand setzt" im § 306 sowie die Bezugnahme hierauf in den §§ 307, 308 bzw. 309 durch die Ausdrücke „Brandstiftung" bzw. „Herbeiführung eines Brandes der in den §§ 306, 308 bezeichneten Art", ferner „Inbrandsetzung" in den §§ 310, 311.

Die **Inbrandsetzung** einer Sache bedingt notwendig einen „**Brand**" dieser Sache selbst. Was unter einem solchen i. S. der §§ 306 ff. zu verstehen sei, läßt an der Hand der gebräuchlichen, jedoch keineswegs unangefochtenen Definition der Chemie — Verbrennen sei die unter Entwickelung von Licht und Wärme stattfindende chemische Verbindung eines

Körpers mit Sauerstoff — keineswegs sich beantworten. Der Gesetzgeber hat vielmehr den Ausdruck „Brand" lediglich i. S. des gewöhnlichen Lebens verstanden; dafür spricht im allg., daß er anderenfalls von seinem Grundsatze, „eine allgemein verständliche und volkstümliche Sprache" zu gebrauchen (Rubo S. 89), allzusehr sich entfernt haben würde, indem gerade die Anwendung eines allgemein gebräuchlichen Wortes i. S. einer speziellen Fachwissenschaft zu den größten Mißverständnissen Anlaß geben würde; im besonderen sprechen aber auch die Schlußausführungen der Motive zu den §§ 306—308 (Entw. II §§ 303—305) dafür, indem hier die Frage, wann ein „Brand" verursacht worden sei, rein nach praktischen Gesichtspunkten erörtert wird. Die Sache liegt hiernach ähnlich wie beim Gebrauche des Wortes „Gift" im § 229 (das. N. 3). Wie aber dort die Anwendung dieses Ausdrucks i. S. des gem. Lebens zu einer gewissen Unbestimmtheit führte, so auch hier.

Der gem. Sprachgebrauch versteht unter Verbrennen die gänzliche oder teilweise Zerstörung eines Körpers durch hohe Temperatur. Der Ausbruch einer Flamme gilt dabei zwar als reguläres Zeichen der Brennens, doch wird allgemein angenommen, daß unter besonderen Umständen, die teils in der Natur des Stoffs (wie z. B. Tuche, Linnen, Kohlen), teils in örtlichen Verhältnissen (wie z. B. Umschließung durch Mauerwerk) liegen können, auch bei bloßem Schwelen, Glimmen oder Glühen von einem „Brande" gesprochen werden könne, vorausgesetzt nur, daß eine — gänzliche oder teilweise — Zerstörung des Körpers durch Hitze stattgefunden hat; **RG.** I 7. Mai 88 R. **10** 383, III 30. Apr. 94 E. **25** 326. Fehlt es aber hieran, so ist eine „Inbrandsetzung" des Körpers zu verneinen, wenn er auch selbst schon eine Einwirkung durch die entwickelte Hitze erfahren haben sollte. Ob eine solche bereits eine mindestens teilweise Zerstörung des Gegenstandes bewirkt hat, unterliegt wesentlich tatsächlicher Beurteilung; unbedingt ist ein Brand nicht einmal bei einem Ergreifen des Gegenstandes durch die Flamme anzunehmen; denn das Ergreifen durch die Flamme kann so vorübergehend oder so oberflächlich sein, daß der ergriffene Gegenstand als solcher auch nicht einmal teilweise für zerstört erachtet werden kann; so führen die Motive das Verzehren der Holzfasern einer Tür durch die Flamme an. So wesentlich: Schaper HH. **3** 881, Schütze S. 512, die namentl. den Brand auch als eine „Zerstörung" bezeichnen; ferner: **RG.** I 3. Mai 80 E. **1** 375 (um Vollendung annehmen zu können, müsse das Feuer sich nicht nur bereits dem Gebäude mitgeteilt, sondern vielmehr dasselbe in Brand gesetzt haben), Binding Lb. **2** 15, John HRl. „Brandst." (an dem Brandstiftungsobjekte müsse ein Brand entstanden sein), Merkel S. 356 (von irgendeinem Zündstoffe müsse das Feuer auf den bezüglichen Gegenstand übertragen sein), H. Meyer S. 696 (durch die Anzündung müsse der Gegenstand als solcher selber in Brand gesetzt worden sein); richtig namentl. auch: **RG.** II 20. Okt. 82, III 3., 7. Jan. 89, E. **7** 131, **18** 355, 362, IV 8. März 92 G. **39** 442, Geyer **2** 112, Hälschner **2** 609, 626 (vgl. auch 627 N. 1), v. Liszt S. 495, Frank N. 1 u. Oppenh.-D. N. 2 (die Flamme müsse dem Gegenstande in einer Weise sich mitgeteilt haben, die sein Fortbrennen auch nach Entfernung des Zündstoffes ermögliche), endlich Siebenhaar ZStrW. **4** 275, die Inbrandsetzung, als Beginn der Zerstörung durch künstl. erzeugte Hitze, welche die Kraft steter Weiterverbreitung in sich trage, sei von der „bloßen Aufzündung des Zündstoffes" wie von der „gänzlichen Einäscherung des angebrannten Gegenstandes" gleich weit entfernt. Zu weit gehend ist aber die Ansicht, daß die vollendete Inbrandsetzung einen Brand von einer gewissen Gefährlichkeit erfordere, die namentl. darin sich äußern müsse, daß es zu seiner Bewältigung erhöhter Kraftanstrengung und insbs. fremder Hilfe bedürfe; richtig H. Meyer S. 696 N. 15; aM.: Dresden 5. Feb. 75 St. **6** 36, Wanjek GS. **31** 15, v. Wächter S. 447; vgl. auch Pape Vers. u. Vollendg. d. d. Brandstftg. (Diss. Halle 1889) S. 58 f.

Übrigens erfordert das „Inbrandsetzen" nicht ein aktives Anzünden oder Anlegen von Zündstoffen an einen Gegenstand derartig, daß er brenne, vielmehr genügt jede, unmittelbare oder mittelbare, Verursachung des Brandes, gleichgültig, ob die Hdlg. für sich allein oder im Zusammenwirken mit anderen Umständen kausal war; **RG.** I 26. Jan. 82 R. **4** 72, Hälschner **2** 609.

Zu § 306. N. 3—14.

3) Der Tatbestand der vorsätzlichen, im Hinblick auf § 308, schweren Brandst.

aus § 306 erfordert als Objekt eine „Räumlichkeit" (vgl. § 307[1] „eine der in Brand gesetzten Räumlichkeiten" sowie u. N. 7) der in den Nr. 1—3 näher bestimmten Art. Ob die Räumlichkeit „fremdes Eigentum" ist oder dem Brandstifter „eigentümlich gehört", ist dabei gleichgültig.

4) Die Nr. 1 erfordert als Objekt eine Räumlichkeit, die ein „Gebäude" (§ 243 N. 11) sein muß und zwar ein „zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes"; bei der Redaktion des RStGB. ist absichtlich die, mit § 243[1] übereinstimmende, Fassung des PrStGB. verlassen und im Anschluß an das OldenbStGB. Art. 262 lit. a ein zu „gottesdienstlichen Versammlungen" (vgl. § 166 N. 16b) bestimmtes Gebäude verlangt; möglich ist immerhin, daß ein „zum Gottesdienste bestimmtes Gebäude" (§ 243 N. 4) nicht gleichzeitig „zu gottesdienstl. Versammlungen" bestimmt sei (Hälschner 2 611); man denke z. B. an eine Waldkapelle, die so klein ist, daß die Menge der Andächtigen vor derselben sich versammelt.

Ist ein Gebäude nicht als solches zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmt, sondern etwa nur ein einzelner Raum, während die übrigen Räumlichkeiten anderen Zwecken dienen, so liegt ein vollendetes Verbr. aus Nr. 1 nur dann vor, wenn eben jener Raum selbst in Brand gesetzt wurde; sonst kann es höchstens um einen Versuch dieses Verbr. sich handeln (vgl. § 243 N. 4_4); aM. einerseits Binding Lb. 2 13 N. 1, Hälschner aO. u. Oppenh.-D. N. 14, andererseits Schaper HH. 3 877 u. Schütze S. 513 N. 22, von denen jene unbedingt die Anwendung der Nr. 1 annehmen, während diese sie für ausgeschlossen erachten.

5) Die Nr. 2 erfordert als Objekt „Räumlichkeiten, welche zur Wohnung von Menschen dienen", d. h. bewohnte Räumlichkeiten in dem § 243[7] (das. N. 51) gebrauchten S., ohne daß die Räumlichkeit geradezu zur Wohnung von Menschen „bestimmt", d. h. dem Wohnzwecke dauernd gewidmet zu sein braucht (N. 4); andererseits ist freilich, wie Binding Lb. 2 13, Hälschner 2 611 u. v. Schwarze N. 4 hervorheben, der Umstand, daß der Zweck der Räumlichkeit im Bewohntwerden besteht — die „Bestimmung" dazu in diesem S. — nicht ausreichend, wenn nicht die Räumlichkeit zugleich tatsächlich zum Wohnen „dient". Mit Recht ist von Dresden 20. Juli 74 St. 5 161 ein Stallgebäude, in dem Dienstleute ihre Habseligkeiten aufbewahrten und ihre Schlafstelle hatten, für eine derartige Räumlichkeit erachtet worden.

Eine Räumlichkeit ist als zur Wohnung von „Menschen" (Plural statt Singular; § 110 N. 14) dienend anzusehen, wenn sie auch nur von einem Menschen, also insbs. vom Täter selbst bewohnt wird (vgl. jedoch N. 7_2); so Oppenh.-D. N. 18; aM.: Berner S. 625, Hälschner 2 612 N. 2.

Gleichgültig ist, ob z. Z. der Inbrandsetzung Bewohner oder überhaupt Menschen in der Räumlichkeit anwesend waren (s. auch N. 8); so greift Nr. 2 namentl. auch dann Platz, wenn der Täter sich überzeugt hatte, daß im Hause niemand anwesend sei; es kommt, wie die Motive in Übereinstimmung mit der GM. bemerken, nicht darauf an, daß wirklich im einzelnen Falle Gefahr für Menschenleben vorhanden war.

6) Die „zur Wohnung von Menschen dienende" Räumlichkeit (N. 5) muß sein:

a. entweder ein „Gebäude" (§ 243 N. 11);

b. oder ein „Schiff", das hier, wie im § 243[7], dadurch, daß es zur Wohnung von Menschen dienen muß, gegenüber bloßen Gondeln und ähnlichen auf dem Wasser zu benutzenden Fahrzeugen hinreichend bestimmt wird (vgl. §§ 265 N. 2a, 305 N. 3b), ohne daß die Größe des Fahrzeuges dabei als solche entscheidend ist; Hälschner 2 611 u. Meves StRZ. 13 411, die deshalb zutreffend auch mit Wohnstätten versehene Flöße als mitbegriffen erachten;

c. oder eine „Hütte" (§ 243 N. 13, auch § 308 N. 3c), wofür ein vorübergehend zum Zwecke des Obstschutzes auf dem Felde aus Stroh- u. Holzteilen errichtetes Bauwerk mit Recht erachtet ist; Stuttgart 31. Dez. 75 St. 6 373.

Eine alternative Feststllg. bezüglich dieser Merkmale wird für zulässig zu erachten sein (§ 47 N. 29); Wertheimer Mischgesetze S. 63.

7) Die Nr. 3 erfordert als Objekt eine „Räumlichkeit, welche zeitweise zum Aufenthalt von Menschen dient". Unter „Räumlichkeit" ist, im Gegensatz zum „umschlossenen Raum" (§ 243 N. 7), jeder irgendwie abgeschlossene, bewegliche oder unbewegliche, Raum

zu verstehen und fallen namentl. auch die im PrStGB. § 283 [3] ausdrücklich hervorgehobenen „Eisenbahnwagen und Bergwerke" unter jenen Begriff (so die Motive); auch die kleinsten auf dem Wasser dienenden Fahrzeuge gehören hierher; Frank N. 1 3, Meves StrZ. 13 411.

Räumlichkeiten i. S. der Nr. 3 sind auch die Personenwagen der Eisenbahnen, die Postkutschen, Fähren 2c.; dagegen ist anzunehmen, daß eine lediglich dem Brandstifter selbst „zum Aufenthalt dienende" Hütte solches vom Augenblick der Tat ab nicht mehr tue, denn die Inbrandsetzung zeigt, daß der Aufenthalt aufgegeben worden; Schaper HH. 3 878 N. 5, Berner S. 639 (weil das Gesetz nur „die Gefahr für die Person anderer" fingiere); dahin neigen auch Schütze S. 514 N. 23 u. Oppenh.-O. N. 21, während Hälschner 2 613 N. 1 dieses mit der Fassung des Gesetzes für unvereinbar hält, das auf den Umstand, daß z. B. der Tat kein Mensch in der Räumlichkeit sich aufhielt, kein Gewicht lege (s. dagegen o. N. 5_2).

8) Nach Nr. 3 ist aber endlich erforderlich, daß die Inbrandsetzung geschehen sei „zu einer Zeit, während welcher Menschen in der betreffenden Räumlichkeit sich aufzuhalten pflegen"; ein Zweifel darüber, daß die Anwesenheit von Menschen zur Zeit der Tat in der Räumlichkeit nicht erforderlich sei, kann diesem Wortlaute gegenüber nicht bestehen; so auch RG. I 2. Mai 92 E. 23 102, mit der weiteren Ausführung, daß deshalb das Bewußtsein des Täters davon, es halte z. B. der Tat ausnahmsweise niemand in der Räumlichkeit sich auf, unbeachtlich sei.

9) Die äußere Handlung besteht bei der Brandst. aus § 306 lediglich in dem Inbrandsetzen (N. 2) eines der in der Nr. 1—3 bezeichneten Objekte, nur daß im Falle der Nr. 2 auch die Zeit der Tat von Erheblichkeit ist (N. 8). Mag sonach auch die Gesetzgebung „mit den von ihr angeführten Gegenständen der Brandstiftung Präsumtionen der Gefährlichkeit verknüpft" haben (Berner S. 636, 639), jedenfalls ist, worin die GM. übereinstimmt, die Bewirkung einer „Gemeingefahr" (§ 312 N. 4) oder auch nur einer Gefahr für ein einzelnes Leben (Berlin OAG. 7. Dez. 72 O. 13 649) bzw. für eine einzelne fremde Sache unwesentlich; auf eine „konkrete" Gefahr kommt es überhaupt nicht an, so daß die Brandst. aus § 306 als ein Gefährdungsdel. nicht angesehen werden kann; aM. Wanjeck GS. 31 11.

10) Der Vorsatz der Brandstiftung ist ein eigentümlicher (vgl. Siebenhaar ZStrW. 4 273; so auch Binding Lb. 2 11, abweichend früher Normen 2 582 ff.) und zwar, wie weiter behauptet werden muß, ein eigenartiger für jede einzelne der Nr. des § 306. Die daselbst bezeichneten Objekte sind keine bloßen Strafbarkeits-, sondern Deliktsmerkmale. Die Inbrandsetzung von Sachen, ohne Rücksicht auf die an ihnen bestehenden Eigentumsverhältnisse, ist nicht allgemein verboten, sondern nur die ganz bestimmter Sachen. Für den Deliktsbegriff selbst ist das Objekt der Hdlg. von entscheidender Bedeutung; deshalb sind auch verschiedene Mischtatbestände anzunehmen, soweit das Gesetz selbst im § 306 die Objekte voneinander sondert, wie es tatsächlich in den Nr. 1—3 geschehen ist (Wertheimer Mischgesetze S. 63); mag auch der Gesetzgeber bei allen dort bezeichneten Räumlichkeiten an die „abstrakte" Gefahr gedacht haben, welche mit deren Inbrandsetzung verbunden ist, so ist doch der Charakter der unter den einzelnen Nr. bezeichneten Räumlichkeiten ein verschiedenartiger; dies zeigt namentl. die Nr. 1, für deren Aufstellung, allgemeiner Annahme zufolge, jedenfalls auch noch das Motiv der „Heiligkeit des Ortes" maßgebend gewesen ist, da die Fassung der Nr. 2 u. 3 jenem anderen Gesichtspunkte ausreichend Rechnung getragen haben würde. Demnach ist die Annahme gerechtfertigt, daß jede der drei Nr. des § 306 einen besonderen Dolus erfordere, d. h. daß der Vorsatz eben auf Zerstörung der dort genannten Objekte gerichtet sein müsse; so: v. Liszt S. 496, H. Meyer S. 696 N. 14, Rüd.-St. N. 3, Wanjeck GS. 31 16 ff., während die meisten über diesen Punkt nicht hinreichend klar sich auslassen; aM. jedoch Binding Normen 2 585 u. Lb. 2 12, 17 f., der Brandst. entspreche nur ein Verbot; sie sei ein umfassendes Delikt; die Subsumtion des anzuzündenden Gegenstandes unter eine falsche Rubrik der in den §§ 306, 308 als taugliche Objekte des Verbr. der Brandst. bezeichneten Gegenstände sei daher für das Zustandekommen des Verbr. gleichgültig; ferner v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 219 btr. der im § 306 bezeichneten Objekte, weil ihnen vom Gesetze ein gleicher rechtlicher Wert beigelegt sei; ähnlich: Hälschner 2 617, Frank N. III 2 a. Wie es aber nach Nr. 2 gleichgültig ist, ob

die zur Wohnung von Menschen dienende Räumlichkeit „ein Gebäude, ein Schiff oder eine Hütte" ist (N. 6_2), wenn sie nur überhaupt unter eine dieser Kategorieen fällt, somit auch insoweit ein Irrtum den Dolus nicht aufhebt, so gilt ein gleiches hinsichtlich des Mittels, indem bei der im § 311 gesetzlich ausgesprochenen Gleichachtung der Verursachung einer Explosion mit der Inbrandsetzung ein Irrtum darüber, ob die Zerstörung mittels dieser oder jener bewirkt werde, den Dolus unberührt läßt; so, abgesehen von dem im Ergebnis übereinstimmenden Binding, Wanjeck aO.; wg. der abweichenden Ansicht von Wertheimer vgl. § 311 N. 1b.

Für den Vorsatz fällt übrigens noch besonders ins Gewicht, daß das Gebäude bzw. die Räumlichkeit als solche das Objekt des Verbr. bildet; wer daher, bei Abwesenheit eines auch nur eventuellen Dolus, lediglich einen Teil eines Gebäudes in Brand zu setzen beabsichtigt, z. B. einen Balken, um aus seinen Ritzen Ungeziefer zu vertreiben, handelt nicht mit dem zur „Brandstiftung" erforderlichen Dolus; Hälschner 2 618, John HRl. „Brandst." Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze Abschn. 27 N. 5.

11) Ein nach § 43 strafb. Versuch ist bei allen drei Mischtatbeständen denkbar; aM. Baumgarten Versuch S. 424 ff., bei gemeingefährl. Verbr. sei ein Versuch nicht denkbar.

Wegen Abgrenzung zwischen versuchter und vollendeter Brandst. vgl. N. 2.

Ein „Anfang der Ausführung" liegt vor, sobald der zur Inbrandsetzung der Räumlichkeit bestimmte und an sie angelegte Zündstoff in Brand gesetzt war; denn damit hat der Täter getan, was er den Umständen nach zur Vollendung der Tat für nötig hielt. Dagegen wird nur eine straflose Vorbereitungshandlung (§ 43 N. 12, 15 ff.) anzunehmen sein, wenn der die Brandst. Planende das angezündete Schwefelholz ꝛc. noch in Händen hält, ohne es bereits mit dem Objekt, sei es mittelbar durch Entzündung eines Zündstoffes, sei es unmittelbar in Verbindung gesetzt zu haben.

12) Die Brandst. aus § 306 kann in Idealkonkurrenz (§ 73) treten:

a. mit Mord oder Totschlag (§§ 211, 212), sobald der Täter durch die Brandst. den Tod eines Menschen herbeiführen will (vgl. jedoch § 307[2]); so die GM.;

b. mit Versicherungsbtr. (§ 265), dann nämlich, wenn die in Brand gesetzten Räumlichkeiten „gegen Feuersgefahr versichert sind" und die Tat „in betrügerischer Absicht" geschah; so: **RG.** IV 1. Nov. 87 **G. 35** 398, Geyer 2 61, Frank §§ 265 N. I, 308 N. IV, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. § 265 N. 5, v. Schwarze § 265 N. 7, v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 63; aM.: Binding Hb. **I** 350 (es liege das Verhältnis der Alternativität der Gesetze — § 73 N. 15 — mit verschiedenen Strafandrohungen vor), Hälschner 2 280, Merkel HH. **3** 781 (vgl. jedoch Lb. S. 330), H. Meyer S. 588, v. Buri Einh. u. Mehrh. S. 45. Die Strafe ist aus § 306 zu bemessen, derartig, daß auf Geldstr. nicht erkannt werden darf (§ 73 N. 29 II); wenn jedoch die Brandst. nach § 310 straflos ist, so hat Bestrafung aus § 265 einzutreten (§ 73 N. 24a); Oppenh.-D. N. 10;

c. mit der Sachbschbgg.; Idealkonk. zwischen § 306 einerseits und den §§ 303 bis 305 andererseits kann stattfinden, da eine nähere Vergleichung der einzelnen Tatbestandsmomente ergibt, daß keiner der Tatbestände im Verhältnis zu dem anderen ein engerer und deshalb denselben ausschließender ist; **RG.** III 6. Juni 01 **G. 48** 352 (btr. §§ 303 u. 306, 43), Frank N. IV, Wanjeck GS. **31** 31. Es kommt dieser Frage, trotzdem § 306 durchweg die härtere Strafe androht, auch hier mit Rücksicht auf § 310 (s. o. b) eine praktische Bedeutung zu;

d. wg. des Verhältnisses zum § 308 vgl. das. N. 9c, zum § 315 o. N. 7_2.

13) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14_2); vgl. auch N. 1_2. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VbER.; b. nach § 325 ZulPolAuff.

Der Versuch (N. 11) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Wegen Straflosigkeit vgl. § 310.

14) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung vgl. das § 67 N. 10 zit. **RG.** E. **9** 152.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 307.

Die Brandstiftung (§. 306) wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft, wenn

1) der Brand den Tod eines Menschen dadurch verursacht hat, daß dieser zur Zeit der That in einer der in Brand gesetzten Räumlichkeiten sich befand,

2) die Brandstiftung in der Absicht begangen worden ist, um unter Begünstigung derselben Mord oder Raub zu begehen oder einen Aufruhr zu erregen, oder

3) der Brandstifter, um das Löschen des Feuers zu verhindern oder zu erschweren, Löschgeräthschaften entfernt oder unbrauchbar gemacht hat.

PrStGB. § 285. Entw. I § 285 Abs. 2, 3, II § 304. Aktenst. Nr. 92, 182 45. StB. S. 741, 1145.

Vgl. § 325 sowie EG. § 4.

1) § 307 behandelt „besonders schwere Fälle“ (so die Motive) der Brandstiftung, nämlich Qualifikationen der „schweren Brandstiftung“ aus § 306. Auf den Tatbestand der letzteren ist lediglich durch Anführung des § 306 verwiesen (vgl. deshalb das. N. 1—10), während unter den Nr. 1—3 die i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. hervorgehoben werden. In jedem der drei Fälle bewirkt nur ein einzelnes Moment die Straferhöhung.

2) Im Falle der Nr. 1 liegt das straferhöh. Moment in dem „Tode eines Menschen“, als lediglich objektivem Erfolge, wie aus dem Gebrauch des Wortes „verursachen“ sich ergibt (§ 118 N. 4); so die GM.; aM.: Binding Lb. 2 19, Hälschner 2 620, Schaper HH. 3 885, Schütze S. 514 N. 25, dem Täter müsse mindestens Fahrlässigkeit zur Last fallen (vgl. T. I Abschn. 4 N. 3_2). War jener Erfolg beabsichtigt, so treten die Strafbestimmungen über Mord und Totschlag (§§ 211, 212) in Idealkonk. mit § 307^1; so: Frank N. I 1, Rüd.-St. N. 5, Habermaas Idealkonk. S. 43, während Hälschner aO. Idealkonk. mit § 306 annimmt; aM. einerseits Schaper aO. (die §§ 211 f. kämen zur Anwendung, da im Falle des § 307^1 die Tötung außerhalb der Absicht des Täters liege), andererseits Schütze aO. (der Dolus sei nur für die Strafzumessung erheblich).

3) Der straferhöh. Umst. der Nr. 1 liegt aber nicht bei jedem ursächlichen Zusammenhange zwischen der Brandst. und dem Tode eines Menschen vor, vielmehr muß der Tod dadurch verursacht sein, daß „der Getötete zur Zeit der Tat in einer der in Brand gesetzten Räumlichkeiten (vgl. § 306 N. 3) sich befand“; während nach der inkorrekten, auf RTbeschluß beruhenden, Fassung „der Brand als die Ursache des Todes, der Aufenthalt des Getöteten als Tötungsmittel, dessen der Brand sich bedient hat, erscheint“ (Schütze S. 514 N. 25 u. G. 20 370), will das Gesetz damit nur ausdrücken, daß gerade die Anwesenheit in der Räumlichkeit z. Z. der Tat die Ursache des eingetretenen Todes gewesen sein müsse; v. Liszt S. 496 N. 4.

Zum gesetzlichen Tatbestande der aus Nr. 1 strafb. Brandst. gehört somit die „Anwesenheit des Getöteten in der Räumlichkeit zur Zeit der Tat“. Hierunter ist die Zeit der „Inbrandsetzung“ zu verstehen, d. h. von dem Anfange ihrer Ausführung bis zu ihrer Vollendung (§ 306 N. 2), denn in der Vornahme dieser Hdlg. besteht „die Tat“; so die GM. Es findet deshalb Nr. 1 nach § 59 nicht Anwendung, wenn der Täter bei Begehung der Inbrandsetzung nicht wußte, daß jemand in der btr. Räumlichkeit anwesend sei; so: Hälschner 2 619, v. Liszt S. 496, Rubo N. 6; aM.: Binding Lb. 2 20 N. 1, H. Meyer S. 697, Frank N. I 1, Oppenh.-O. N. 7, Wahlberg ZStrW. 2 208.

Da das nach der Inbrandsetzung, wenn auch noch während des Brandes, Geschehende bereits jenseits der „Tat“ liegt, so greift Nr. 1 nicht Platz, wenn jemand erst nach der Inbrandsetzung die brennende Räumlichkeit zum Zweck der Löschung, Rettung ꝛc. betritt bzw. nach vorherigem Verlassen wieder betritt, und nunmehr der Brand seinen Tod verursacht; so die GM., insbs. RG. III 3. Dez. 81 E. 5 202.

4) Das Erfordernis der Nr. 1 versteht die GM. nicht dahin, daß etwa der Getötete verbrannt sein müsse; so wird Nr. 1 z. B. durchweg für vorliegend erachtet, wenn der z. Z. der Tat im brennenden Hause Befindliche durch einen Sprung sich retten will und dabei ums Leben kommt o. durch Einsturz des Gebälks erschlagen wird. Bei dieser nach der Entstehungsgeschichte gerechtfertigten Auffassung wird man aber auch jeden Fall hierher ziehen müssen, wo überhaupt ein — wenn auch nur mittelbarer — Kausalzusammenhang zwischen dem Brande und dem Tode eines zur Zeit der Tat in der Räumlichkeit Anwesenden vorliegt, wie z. B. wenn eine daselbst befindliche Schwangere infolge Schrecks über das Feuer zu frühe niederkommt und davon stirbt; so: Hälschner 2 619, v. Liszt S. 496 N. 4, Schütze G. 20 371, Rüb.-St. N. 2; aM.: Frank N. I, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 2 A. 4. Dagegen reicht die Verunglückung eines beim Löschen Rettenden nicht aus; Frank, Oppenh.-D. aO.

5) Im Falle der Nr. 2 wirkt ein subjektives Moment straferhöhend, wenn nämlich der Täter mit der vorsätzlichen Begehung der Brandst. zugleich den außerhalb dieser Tat liegenden Zweck („um . . . zu") verfolgt (Binding Normen 2 599, insbs. N. 887), „unter Begünstigung derselben" entweder „Mord oder Raub zu begehen", d. h. ein Verbr. aus § 211 o. aus den §§ 249—251 (§ 252 bleibt schon der Natur der Sache nach, § 255 als ein Fall der Erpressg. außer Betracht), oder „einen Aufruhr (§ 115) zu erregen".

Mit Unrecht findet Berner S. 638 in Nr. 2 die „Rücksichtnahme auf die ideale Konkurrenz mit versuchtem Mord 2c."; denn wird demnächst eine jener strafb. Hdlgen versucht oder vollendet, so liegt Realkonk. mit dem Verbr. aus Nr. 2 vor; Hälschner 2 621, Schaper HH. 3 886, Schütze S. 515 N. 26, Wanjeck GS. 31 23.

6) Im Falle der Nr. 3 liegt der straferhöh. Umst. objektiv in der Gefährlichkeit der Tat (so: Schaper HH. 3 886, v. Wächter S. 446, Beling Verbrechen S. 261; aM. Hälschner 2 621, in der Absicht des Täters die Gefährlichkeit zu steigern), indem der Täter, sei es vor, bei oder nach der Inbrandsetzung (Hälschner aO., Schütze S. 515 N. 27, Oppenh.-D. N. 12, Beling aO.), „um das Löschen des Feuers zu verhindern oder zu erschweren", also zur Sicherung des Erfolges der Tat, die Maßregel trifft, daß er „Löschgerätschaften" — gleichgültig, wem gehörig (Oppenh.-D. N. 13) — „entfernt oder unbrauchbar macht"; der Täter braucht diese Hdlgen nicht persönlich vorzunehmen, er kann sie durch einen Gehilfen o. durch einen als unwissendes Werkzeug handelnden Dritten ausführen lassen; weiter dürfte noch Beling Verbrechen S. 439 gehen, indem er anscheinend den Täter der schweren Brandstftg. schuldig erachtet, wenn er lediglich die seitens eines anderen erfolgte Entfernung sich zunutze macht. Daß die Entfernung 2c. auch nur eines einzelnen Löschgerätes aus dem bezeichneten Motive (Rüb.-St. N. 6, Binding Normen 2 602) hinreicht, kann nach dem Sprachgebrauche des StGB. (vgl. § 110 N. 14) nicht zweifelhaft sein. Darauf, ob der Zweck erreicht oder verfehlt wurde, kommt nichts an; so die GM.

Das Gesetz spricht aber nur von „Löschgerätschaften", nicht allgemein von Mitteln zum Löschen; deshalb genügt die Beseitigung von Wasser, das Trunkenmachen der Löschmannschaften 2c. nicht; Binding Lb. 2 19, v. Liszt S. 497, Schaper HH. 3 886 N. 5, Schütze S. 515 N. 27, Frank N. I 3, Oppenh.-D. N. 13, v. Schwarze N. 7.

7) Die verschiedenen Nr. des § 307 enthalten nicht verschiedene Mischtatbestände (aM. Binding Normen 1 208 N. 7), sondern nur verschiedene — übrigens nicht gleichwertige und deshalb eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) nicht zulassende (Wertheimer Mischgesetze S. 64) Qualifikationsgründe desselben Verbr. (N. 1); Wanjeck GS. 31 23. Erfüllt der Täter durch seine Hdlg. bei einer Brandst. mehrere dieser Qualifikationsgründe, so liegt ungleichartige Idealkonk. vor; § 73 N. 21 a.

8) Ein nach § 43 strafb. Versuch ist nicht nur in den Fällen der Nr. 2 u. 3 denkbar, sondern selbst bei Nr. 1 nicht ausgeschlossen (§ 43 N. 5_2); so: v. Liszt S. 497, Thomsen Versuch S. 173; anders die GM. Btr. der Nr. 3 bemerkt Beling Verbrechen S. 261, nach dem o. N. 6 im Eingang Ausgeführten mit Recht, daß das Entfernen der Löschgerätschaften ohne Brandstftg. niemals Vers. aus Nr. 3 sei.

9) Wegen des Verhältnisses zu den §§ 211, 212 s. o. N. 2 u. 5 sowie § 306 N. 12a, wegen des Verhältnisses zu den §§ 265 bzw. 303—305 ebenda unter b, c, endlich wegen desjenigen zum § 308 das. N. 9c.

10) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach ES. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VbER.; b. nach § 325 ZulPolAuff.

Der Versuch (N. 8) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

Wegen Straflosigkeit vgl. § 310.

11) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₁ (das. N. 2c) beim vollendeten Verbr. in zwanzig, beim versuchten in funfzehn Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung im Falle der Nr. 1 vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2–7], 136[1].

§. 308.

Wegen Brandstiftung wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, wer vorsätzlich Gebäude, Schiffe, Hütten, Bergwerke, Magazine, Waarenvorräthe, welche auf dazu bestimmten öffentlichen Plätzen lagern, Vorräthe von landwirthschaftlichen Erzeugnissen oder von Bau- oder Brennmaterialien, Früchte auf dem Felde, Waldungen oder Torfmoore in Brand setzt, wenn diese Gegenstände entweder fremdes Eigenthum sind, oder zwar dem Brandstifter eigenthümlich gehören, jedoch ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet sind, das Feuer einer der im §. 306 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der vorstehend bezeichneten fremden Gegenstände mitzutheilen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. §§ 286, 287. Entw. I §§ 286, 287, II § 305. Aktenst. Nr. 92. StB. S. 741 f.
Vgl. §§ 309, 325.

1) Im PrStGB. entsprachen dem § 308 die §§ 286, 287, von denen der erstere die Inbrandsetzung gewisser Gegenstände (fast durchgängig derselben, die § 308 aufzählt), wenn sie „fremdes Eigentum", der letztere die Inbrandsetzung eigener Sachen beliebiger Art, wenn sie „vermöge ihrer Beschaffenheit und Lage geeignet waren, den in den §§ 285, 286 genannten Gegenständen das Feuer mitzuteilen", bestrafte. Während noch der Entw. I dieser Anordnung folgte, zog der Entw. II den Inhalt beider §§., zugleich unter einer nicht unwesentlichen materiellen Abänderung (N. 6a₂), in den § 305 zusammen, der demnächst als Abs. 1 des § 308 in das RStGB. überging.

2) Der „schweren" Brandst. aus § 306 und somit auch den „besonders schweren" Fällen aus § 307 (das. N. 1) tritt die „einfache" Brandst. aus § 308 selbständig zur Seite, auch sie erfordert zwar ein vorsätzliches Inbrandsetzen (vgl. deshalb § 306 N. 2, 9, 10), unterscheidet sich aber durch die in Betracht kommenden Objekte der Inbrandsetzg. (§ 306 N. 10).

3) Die im § 308 aufgeführten Objekte, die keine „wertvollen" zu sein brauchen (RG. III 20. März 02 G. 49 140), als gleichwertige aber eine alternative Feststllg. zulassen (§ 47 N. 29; Wertheimer Mischgesetze S. 64), sind:

a) „Gebäude"; vgl. § 243 N. 11 sowie wg. des Verhältnisses zur „Hütte" u. unter c.

b) „Schiffe"; dieses Wort ist hier im ähnlich beschränkten S. zu verstehen wie im § 305 (das. N. 3b); während aber dort die Beschränkung aus der Zusammenstellung mit lauter Immobilien sich ergab, so hier aus der mit — zum Teil beweglichen — Sachen, die als bedeutendere Vermögensobjekte sich darstellen; man wird daher auf dem Wasser zu benutzende Fahrzeuge, die einen erheblichen Vermögenswert nicht haben, wie die meisten Kähne, Böte 2c., für „Schiffe" i. S. des § 308 nicht zu erachten haben; so: H. Meyer

S. 695 N. 9, Schaper HH. 3 879, Frank N. II 2, Meves StrZ. 13 401 f.; aM. Binding Lb. 2 14 N. 2 wg. der fehlenden Möglichkeit der Abgrenzung.

c) „Hütten"; auf Grund der Entstehung dieser Vorschrift aus dem PrStGB. sowie aus den Zusammenstellungen im § 306 [2] (das. N. 6c) einer- und im § 308 andererseits ist zu folgern, daß auch an letzterer Stelle ein Bauwerk gemeint sei, das eine gewisse Erheblichkeit erreicht; demnach ist unter „Hütte" auch hier nicht alles zu verstehen, was nach irgendeiner da o. dort gebräuchlichen Ausdrucksweise noch als Hütte bezeichnet wird, vielmehr ist mindestens zu fordern, daß sie ein selbständiges unbewegliches Ganzes bilde, eine nicht völlig geringfügige Bodenfläche bedecke und zum Schutze gegen äußere Einwirkungen in einer dem jeweiligen Zwecke genügenden Dauerhaftigkeit u. Festigkeit ausreichend abgeschlossen sei; RG. I 16. Feb. 88 E. 17 179, Binding Lb. 2 13 N. 2, H. Meyer aO. Was das Verhältnis zum „Gebäude" (a) betrifft, so unterscheidet sich die Hütte von diesem durch kleinere Maßverhältnisse; so RG. zit. E. 17 179, IV 25. Apr. 99 E. 32 128, letzteres weiter ausführend, die begrifflichen Erfordernisse einer Hütte müßten mindestens auch für ein Gebäude zutreffen, weshalb ein Ziegelschuppen ohne Wände kein Gebäude sei.

d) „Bergwerke".

e) „Magazine"; während hierunter in dem hier fraglichen Sinne Gebäude o. sonstige dauernde Einrichtungen verstanden zu werden pflegen, in denen bestimmungsgemäß größere Vorräte von Waren, insbs. Verkaufswaren, Kriegsbedürfnisse u. dergl. aufgespeichert werden, um sie für den Bedürfnisfall in Bereitschaft zu halten, muß mit Rücksicht auf die Stellung zwischen „Gebäuden" u. „Warenvorräten" angenommen werden, daß hier wesentlich an Anlagen gedacht worden, die nicht eigentlich ein Gebäude darstellen, wohl aber Räumlichkeiten umfassen, dazu hergerichtet, erheblichere Vorräthe an Gebrauchsgegenständen für längere Zeit zu bergen; übrigens ist die btr. Räumlichkeit einschließlich der darin aufbewahrten Vorräte als „Magazin" anzusehen, so daß die Inbrandsetzung der letzteren eine solche des Magazins darstellt; RG. III 11. März 86 E. 13 407; in letzterer Beziehung bedenklich Frank N. II 4.

f) „Vorräte", d. h. erheblichere Mengen zu Gebrauchszwecken dienender, vereinigter Gegenstände (so die GM., insbs. RG. I 21. Feb. 84 E. 10 186), die eben wegen ihrer — übrigens tatsächlich zu beurteilenden (RG. I 4. Jan. 86 E. 13 218; damit im Ergebnis übereinstimmend Binding Lb. 2 14 N. 5, der gegen das Moment der Erheblichkeit sich wendet) — Erheblichkeit erst einer künftigen Verwendung harren, mag auch die Aufbewahrung derart erfolgen, daß sie gleichzeitig einem Nebenzwecke dient (RG. IV 6. Dez. 95 E. 28 39), und nicht so klein sind, daß sie augenblicklich verbraucht werden; hiernach wird die Eigenschaft eines Haufens ꝛc. als eines Vorrates nur durch die objektive Beschaffenheit begründet, nicht durch subjektive, dem Willensbereiche des Eigentümers entnommene Momente; zit. RG. E. 13 218. Im einzelnen kommen in Betracht:

α. Warenvorräte, welche auf den dazu bestimmten öffentlichen Plätzen (§ 116 N. 2) lagern";

β. „Vorräte von landwirtschaftlichen Erzeugnissen oder von Bau- oder Brennmaterialien". Da der Begriff „Vorrat" nicht die Unterbringung an einem Orte bestimmter Art und Beschaffenheit erfordert, so fallen, im Gegensatz zu α, wie aus der Entstehungsgeschichte, dem Geiste des Gesetzes und der Nebeneinanderstellung mit den „Feldfrüchten" (g) folgt, auch auf dem Transport begriffene Vorräte landwirtschaftl. Erzeugnisse ꝛc. unter das Gesetz; zit. RG. E. 10 186. Unter „landwirtschaftl. Erzeugnissen" sind alle Rohprodukte der Ausnutzung des Grund u. Bodens zu verstehen, bei deren Gewinnung letzterer selbst der Substanz nach unverändert bleibt; eine auf das Entstehen o. Gedeihen des „Erzeugnisses" abzielende menschliche Tätigkeit wird nicht vorausgesetzt; RG. II 8. Feb. 95 E. 27 14 (es falle deshalb auch wild wachsendes Rohr unter den Begriff), Binding Lb. 2 14 N. 4; übrigens nimmt eine vorgenommene Verarbeitung, zufolge deren eine Substanzveränderung der landwirtschaftl. Erzeugnisse eingetreten, ihnen diese Eigenschaft; RG. III 19. Juni 80 R. 2 82, Frank N. II 5, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 11.

g) „Früchte auf dem Felde", im natürlichen Sinne (vgl. dagegen weitergehend

BGB. § 99; so auch RG. IV 9. Mai 05 G. 52 mit der Ausführung, daß das Vorhandensein eines wirtschaftl. Nutzungswertes kein Begriffsmerkmal bilde), und zwar stehende oder bereits abgesonderte, solange sie noch auf dem Felde sich befinden; so: RG. das f β zit. E. 10 186, III 20. März 02 G. 49 140, Binding aO. 2 14, Frank N. II 6; aM. München OLG. 17. Nov. 91 E. 6 711, vom Boden getrennte Früchte seien nicht geerntet; ihm sich annähernd Oppenh.-D. N. 9. Der Gegensatz zu den erforderten „Vorräten" (f) zeigt, daß hier Vorräte nicht gemeint sind; so die GM., insbs. zit. RG. G. 49 140. Fraglich kann aber sein, ob nicht, wie Berner S. 637 annimmt, wenigstens eine „größere Masse" von Früchten erforderlich sei, was das zit. RG. G. 49 140 unentschieden läßt; es wird im Einzelfall zu entscheiden sein, ob es in der Tat um „Früchte" — im Gegensatze zu einer einzelnen Frucht o. mehreren solcher — sich gehandelt hat. Unter den Begriff der „Früchte" i. S. des §. fallen übrigens auch die auf einer Wiese nach dem Abmähen zurückbleibenden Grasstoppeln, da es hier um ein Bodenerzeugnis sich handelt, das nach einmaliger Aussaat o. Anpflanzung ohne das Erfordernis dieser Tätigkeit eine mehrmalige Aberntung gestattet; RG. IV 30. Juni 05 E. 38 140.

h) „Waldungen", d. h., gleichbedeutend mit Wäldern o. Forsten, umfangreichere, in sich zusammenhängende Grundflächen, u. zwar nicht nur insofern sie mit den natürlich aus dem Boden wachsenden o. durch Saat bzw. Pflanzung gezogenen Bäumen bestanden sind, sondern auch insofern sie mit anderen Walderzeugnissen, wie Gras, Moos, Laub, Strauchwerk, bedeckt sind; RG. I 4. Okt. 80, 3. Jan. 84, III 8. Feb. 82, 19. Feb. 81, E. 2 314, 9 381, 6 22, R. 3 59. Dadurch, daß eine so beschaffene Grundfläche nicht, wie regelmäßig, zur Holznutzung bestimmt ist, verliert sie die Eigenschaft eines Waldes nicht; zit. RG. E. 9 381.

i) „Torfmoore".

4) § 308 enthält einen sog. kumulativen Mischtatbestand (Wertheimer Mischgesetze S. 64); die soeben (N. 3) bezeichneten Gegenstände kommen nämlich nicht unbedingt als Objekte des Verbr. der Brandst. in Betracht, sondern nur unter je einer verschiedenartigen Voraussetzung, die zu einer Sonderung der Tatbestände in sog. unmittelbare und mittelbare Brandst. Anlaß gibt.

5) Die sog. unmittelbare Brandstiftung setzt voraus, daß die nach N. 3 überhaupt tauglichen Objekte „fremdes Eigentum" (§§ 303 N. 2, 242 N. 11_1) seien; zutreffend ist von RG. II 2. Jan. 85 E. 11 345 angenommen, daß das im Eigentum des Ehemannes stehende Gebäude für die Ehefrau ein fremdes sei. Dieser Mischtatbestand enthält sonach alle Deliktsmerkmale der vorsätzlichen Sachbeschdgg. aus § 303, und scheint demgemäß die früher (vgl. § 306 N. 10) von Binding Normen 2 583 vertretene Ansicht, daß der Dolus der Brandst. lediglich ein „Sachbeschädigungsvorsatz" sei, auf den ersten Blick wenigstens für den Fall der sog. unmittelbaren einfachen Brandst. zutreffend (so auch Ullmann GS. 30 605). Trotzdem muß behauptet werden, daß das RStGB. einen anderen Standpunkt einnimmt und auch diesen Fall der Brandst. als ein eigentümliches Delikt ansieht. Dafür spricht zunächst die Stellung im Abschn. 27, um so mehr als der Gesetzgeber keinen Anstand genommen hat, das Verbr. des sog. Versicherungsbetr., obgleich es gleichfalls ein Inbrandsetzen erfordert, im Abschn. 22 zu behandeln. Dazu kommt, daß nach den Motiven die Hinzufügung der „auf öffentlichen Plätzen lagernden Warenvoräte" (N. 3 f α) zu den im PrStGB. § 286 bezeichneten Gegenständen erfolgt ist „mit Rücksicht auf die Gleichheit des Grundes, welcher für die Aufnahme von Magazinen spricht, und auf die hohe Gefährlichkeit der Tat". Der hier besonders hervorgehobene Gesichtspunkt der Gefährlichkeit ist aber nach dem Eingange der Motive zu diesem Abschn. überhaupt gesetzgeberisch maßgebend gewesen. Mag der Tatbestand der einzelnen im Abschn. 27 zusammengefaßten Delikte dem entsprechen oder nicht, jedenfalls war die „Gefährdung" der leitende Gedanke des Gesetzgebers (Schaper HH. 3 877). So auch insbs. im Falle der unmittelbaren Brandst. aus § 308; für ihn kommt durchweg „ein umfangreiches, also meistens auch wertvolleres Besitztum" in Frage; mit der Ausdehnung des Brandgegenstandes wächst aber die Gefahr und zwar sowohl der Weiterverbreitung als auch der beim Brande beteiligten Personen; Schaper aO. 879.

Die „abstrakte Gemeingefahr für Eigentum oder Leben" (v. Liszt S. 497, Siebenhaar ZStrW. **4** 274 f.), bei freilich „vorwiegender Gefahr für fremdes Eigentum" (Hälschner 2 615), ist der gesetzgeberische Grund für die Aufstellung des Tatbestandes der Brandst. im § 308 überhaupt und insbs. auch für den ersteren Fall; Wanjeck GS. **31** 25 ff.

Hiernach gehören, wie bei der Brandst. aus § 306 (das. N. 10), so auch bei der unmittelbaren aus § 308 die Objekte zu den Deliktsmerkmalen; Wanjeck aO. Damit erscheint die Gleichwertigkeit i. S. der Zulässigkeit einer alternativen Feststllg. wohl vereinbar; **RG.** II 3. Juni 03 E. **35** 285.

Weil die unmittelbare Brandst. nicht eine qualifizierte Sachbeschdgg. ist, so verneint Wanjeck aO. die Frage, ob die Einwilligung des Eigentümers in die Inbrandsetzung seiner Sache von der Strafe des § 308 befreie, unbedingt. Dennoch wird der GM., insbs. **RG.** III 30. März 85 E. **12** 138, dahin beizupflichten sein, daß die Einwilligung dann den Dolus ausschließe, falls der in Brand gesetzte Gegenstand „seiner Beschaffenheit und Lage nach" nicht zu der im § 308 (N. 6) vorgesehenen Weiterverbreitung geeignet ist; denn, wenn unter dieser Voraussetzung der Eigentümer selbst straflos die im § 308 bezeichneten Gegenstände in Brand setzen darf, so schließt seine Zustimmung insoweit notwendig auch das generelle Merkmal des Dolus, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, aus. Es wird hierdurch nicht eine „Unterscheidung in den § 308 (I. Fall) hineingetragen", sondern es ergibt sich der Unterschied aus den allgemeinen Grundsätzen über das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit bei vorsätzlichen Delikten. Mit Recht verneint deshalb auch Hassenstein, G. **19** 154, den Tatbestand der unmittelbaren Brandst. in dem Falle, wo jemand es auf Anstiften des Eigentümers eines gegen Feuersgefahr versicherten Gebäudes rc. in betrügerischer Absicht in Brand setzen will (§ 265), infolge eines error in objecto jedoch das Gebäude eines Dritten anzündet; vgl. auch v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 79.

Die Eigenschaft des in Brand gesetzten Gegenstandes als „fremden" muß dem Täter bekannt gewesen sein (§ 59).

6 a) Als Objekte der sog. mittelbaren Brandstiftung kommen die mehrbezeichneten Gegenstände in Betracht, wenn sie „zwar dem Brandstifter eigentümlich gehören, jedoch ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet sind, das Feuer einer der im § 306[1-3] bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der vorstehend bezeichneten fremden Gegenstände mitzuteilen"; entscheidend ist sonach das kumulative Moment der Beschaffenheit und Lage des Gegenstandes, wie solches z. B. bei einem in großer Nähe von Gebäuden lagernden Strohvorrate zutrifft. Andere Momente kommen dagegen nicht in Betracht, wie z. B. die Windrichtung, wenn ein weitab lagernder Strohvorrat in Brand gesetzt wurde.

Auch bei dieser Art der Brandst. ist davon abgesehen worden, die Bewirkung einer objektiven Gefahr zum Tatbestandsmoment zu erheben. Allerdings bildete das gesetzgeberische Motiv auch hier die Gefährlichkeit der Hdlg. (Hälschner 2 621, Oppenh.-D. N. 13, Rüd.-St. N. 2), obschon, in Abweichung vom PrStGB. § 287 (s. o. N. 1), nicht auf Grund eines Redaktionsfehlers, sondern beabsichtigtermaßen (vgl. Rüd.-St. N. 9), davon abgesehen wurde, die Inbrandsetzung aller Gegenstände von der im § 308 bezeichneten „Beschaffenheit und Lage" als sog. mittelbare Brandst. zu strafen. Wenn auch die Handlung „regelmäßig eine Spezialgefahr und häufig eine Gemeingefahr bewirken wird, so ist sie doch keineswegs nur für den Fall ihrer Gefährlichkeit unter Strafe gestellt"; vielmehr findet § 308 auch dann Anwendung, wenn — trotz der daselbst vorausgesetzten „Beschaffenheit und Lage" des in Brand gesetzten Gegenstandes — z. B. ein entgegenstehender Wind im Einzelfall jede Gefahr ausschloß; so: Binding Lb. **2** 15 u. Normen **2** 582 f., Hälschner 2 615, Schütze S. 511, Frank N. I 2, Ullmann, Wanjeck, GS. **30** 595, 605, **31** 29, Siebenhaar ZStrW. **4** 274; aM. v. Liszt S. 497 N. 5. Unrichtig ist deshalb jedenfalls die Ansicht von Schaper HH. **3** 882, daß, wenn der Täter in der Überzeugung handele, die an sich mögliche Gefahr bleibe unter den obwaltenden Umständen ausgeschlossen, die Brandst. nicht in das Gebiet des Vorsatzes falle. Das Gesetz verlangt keine „Gefährdung", folglich auch keinen „Gefährdungsvorsatz". Hinfällig ist ferner die Auffassung von Schaper aO. S. 880 N. 13 u.

v. Schwarze N. 6, als ob bei der zweiten Alternative des § 308 der Gesetzgeber eine „praesumtio doli etabliert habe" hinsichtlich der lediglich in abstracto als gefährdet gedachten Gegenstände. Es ergibt sich hieraus übrigens das Unzutreffende und zugleich Gefährliche der Bezeichnung dieses Falles der Brandst. als „unmittelbarer", die auch Ullmann GS. **30** 605 zu der unklaren Ansicht verleitet, bei der mittelbaren Brandst. sei Sachbeschädigungsvorsatz dann vorhanden, wenn die Anzündung des unmittelbaren Gegenstandes in der Absicht geschah, das mittelbare Objekt in Brand zu setzen (N. 9c).

Selbstverständlich muß der Täter in dem Bewußtsein davon gehandelt haben, die in Brand gesetzten Gegenstände seien „ihrer Beschaffenheit und Lage nach" zur Mitteilung des Feuers in der fraglichen Weise geeignet.

b) Die Worte „wenn diese Gegenstände ... zwar dem Brandstifter eigentümlich gehören" stellen kein selbständiges Deliktsmerkmal auf, sagen vielmehr lediglich im Gegensatz zum Falle der sog. unmittelbaren Brandst., daß die Eigenschaft der in Brand gesetzten Sachen als „fremder" im zweiten Falle keine Bedingung sei, daß vielmehr die Inbrandsetzung der bezeichneten Gegenstände sonst — d. h. falls sie nicht fremdes Eigentum sind — unter gewissen anderen Voraussetzungen strafbar sei; jene Worte sind daher materiell entbehrlich, aber auch formell, was namentl. für den Fall schwurgerichtl. Fragestllg. dann von Bedeutung ist, wenn es um eine gegen einen vom Eigentümer des in Brand gesetzten Gegenstandes angestifteten Täter gerichtete Anklage sich handelt, da letzterer alsdann infolge der Einwilligung des Eigentümers wegen unmittelbarer Brandst. nicht strafbar ist (N. 5_4); so **RG.** III 16. Feb. 93 G. **41** 33; aM.: Binding Lb. **2** 16 (das Verbr. könne an herrenlosen Gegenständen nicht begangen werden), v. Liszt S. 497, Oetker GS. **64** 102 N. 2, 116.

7) Bezüglich des Vorsatzes ist, außer dem in den N. 5, 6 bereits Bemerkten, noch hervorzuheben, daß er, wie bei der schweren Brandst. (§ 306 N. 10_2), darauf gerichtet sein muß, eines der überhaupt in Betracht kommenden Objekte (N. 3) als solches in Brand zu setzen. Deshalb ist z. B. der Vorsatz der Inbrandsetzung einer „Waldung" zu verneinen, wenn der Täter, diese als ein „umfangreiches Besitztum" auch nicht einmal eventuell in Brand setzen wollte, sondern nur einen einzelnen Baum oder Strauch oder eine kleine Grasfläche in Brand setzen wollte; so das N. 3h zit. **RG.** E. **6** 22; vgl. jedoch auch das ebenda zit. **RG.** R. **3** 59, das „die bestimmte Absicht, den Wald seinem Wesen nach, d. h. das Holz als Hauptbestandteil, in Brand zu setzen, falls nur das Bewußtsein der für den Holzbestand erwachsenden Gefahr vorlag", nicht erfordert. Verschieden von dem dem zit. **RG.** E. **6** 22 zugrunde liegenden Falle ist aber der, wenn jemand einen Teil seines Hauses 2c., z. B. das Dach, in Brand setzt, allerdings mit der Absicht, das Feuer wieder auszulöschen; hier liegt in der auf Inbrandsetzung des Daches gerichteten Absicht zugleich die auf Inbrandsetzung des Hauses selbst gerichtete; die Absicht das entstandene Feuer wieder zu löschen, ist nichts als die Absicht nachträglicher Wiederbeseitigung des Erfolges; **RG.** III 3. Jan. 89 E. **18** 355.

Während ein Irrtum über die Mittel — Hitze oder Explosion (§ 311) — auch hier, wie im Falle des 306 (das. N. 10), für gleichgültig zu erachten ist, fragt es sich, ob ein solcher hinsichtlich der nach § 308 an sich tauglichen Objekte ins Gewicht falle. Diese Frage ist nicht deshalb mit Wanjeck GS. **31** 28 zu bejahen, weil es, wie im § 306, bei den Objekten um „Deliktsmerkmale" sich handelt (N. 5); ist ihre Gleichwertigkeit anzunehmen (N. 5_3), so erscheint es auch unerheblich, auf welches dieser Objekte der Vorsatz sich erstreckt, u. deshalb ist auch bezüglich des Vorsatzes eine alternative Feststllg. zulässig; so das N. 5_3 zit. **RG.** E. **35** 285 sowie sachlich übereinstimmend: Binding Lb. **2** 12, Hälschner **2** 622, Frank N. III.

8) Ein nach § 43 strafb. Versuch (vgl. § 306 N. 11) ist bei beiden Mischtatbeständen des § 308 denkbar.

9 a) Wegen des Verhältnisses zum § 265 vgl. § 306 N. 12b; die Strafe ist bei Idealkonk. mit § 265 aus diesem zu bemessen, weil die kumulativ angedrohte Geldstr. eine Hauptstr. ist (§ 27 N. 1), der gegenüber die im § 325 i. V. mit § 308 zugelassene Nebenstr.

der ZulPolAufs. zurücktritt; so: Geyer 2 61, Merkel S. 330, Habermaas Idealkonk. S. 75, v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 63, im Ergebnis auch Binding Hb. 1 351 u. Lb. 2 11 N. 3, der aber nicht Idealkonk., sondern „Alternativität der Gesetze" (§ 73 N. 15) annimmt; aM. im Anschluß an das § 73 N. 29 I b α r (die entsprechend zu berichtigen) zit. RG. E. 32 439 die früheren Aufl. d. Komm.

b) Bezüglich des Verhältnisses zur Sachbeschdgg. (§§ 303—305) ist zwischen den beiden Mischtatbeständen des § 308 zu unterscheiden. Die sog. unmittelbare Brandst. schließt als engerer Tatbestand (N. 5) die Sachbeschdgg. aus § 303 aus (§ 73 N. 12); Frank N. IV; deshalb bleibt die Hdlg., wenn wegen der Brandst. nach § 310 Straflosigkeit eintritt, überhaupt straflos. Mit den Fällen der Sachbeschdgg. aus § 304 o. § 305 kann dagegen Idealkonk. eintreten (vgl. § 306 N. 12 c). Bei der sog. mittelbaren Brandst. ist Idealkonk. mit § 304 denkbar; dagegen kann von einer solchen mit der Sachbeschdgg. aus §§ 303, 305 der Natur der Sache nach nicht die Rede sein, weil diese als Objekt „eine fremde Sache", jene dagegen umgekehrt „eine eigene Sache" zur Voraussetzung hat.

c) Zwischen der Brandst. aus § 308 in ihren beiden Mischtatbeständen und der aus § 306 bzw. § 307 kann Idealkonk. eintreten; so die GM., insbs. Berlin 22. Dez. 75 G. 23 547; aM. Hälschner 2 622, Frank N. IV, Binding Normen 2 586 u. v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 220, die nur Konkurrenz zweier Qualifikationsgründe (§ 73 N. 21 a) annehmen. Eine solche Idealkonk. liegt namentl. dann vor, wenn die sog. mittelbare Brandst. als Mittel zur Inbrandsetzung bewohnter Gebäude 2c. vorgenommen wird; gelingt dieser Zweck nicht, liegt somit nur ein Versuch des Verbr. aus § 306 bzw. 307[2, 3] vor, so ist die Strafe dennoch aus diesen §§. i. V. mit § 43 und nicht aus § 308 zu bemessen.

10) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2); die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 a ff.) angedrohte Hauptstrafe ist Gefängnis von 6 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. können erkannt werden: a. neben Zuchth. u. Gef. nach § 32 VbGR.; b. neben Zuchth. nach § 325 ZulPolAufs.

Der Versuch (N. 8) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Wegen Straflosigkeit vgl. § 310.

11) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2—7], 136[1].

§. 309.

Wer durch Fahrlässigkeit einen Brand der in den §§. 306 und 308 bezeichneten Art herbeiführt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark und, wenn durch den Brand der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

PrStGB. § 288. Entw. I § 289, II § 306.

1) „Die fahrlässige Brandst. — bemerken die Motive — schließt sich allenthalben, insoweit nicht der Unterschied des dolus und der culpa in Frage kommt, dem Tatbestand der dolosen Brandst. an". Es sind deshalb im allg. § 306 N. 1, 2, sowie im besonderen die §§ 306 N. 3—9, 308 N. 2—6 zu vergleichen.

2) Die einfache fahrlässige Brandst. erfordert zunächst die Verursachung (T. I Abschn. 3 N. 2) eines Brandes der in den §§ 306 u. 308 bezeichneten Art durch eine Hdlg. des Täters; RG. I 26. Jan. 82 N. 4 72. Wenn das Gesetz hier, abweichend nicht nur vom PrStGB. § 288 und Entw. I § 289, sondern auch von seinem eigenen Sprachgebrauche (T. I Abschn. 4 N. 3_2), statt „verursacht" des Ausdrucks „herbeiführt" sich bedient, so ist dies ohne sachliche Bedeutung (Schaper HH. 3 888 N. 5, Rüd.-St. N. 1, Oppenh.-D. N. 3) und daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber es vorgezogen hat, im Satz 2 des § 309 die dort gebrauchte stereotype Wendung an die Stelle der abweichenden Fassung des PrStGB. zu setzen (N. 6), und nunmehr die Wiederholung vermeiden wollte (vgl. auch §§ 312 N. 3, 321 N. 6). Nach Rüd.-St. § 310 N. 1 soll auch noch der stilistische Grund mitbestimmend

gewesen sein, daß der Ausdruck „Inbrandsetzung" mehr dem vorsätzlichen als dem fahrlässigen Handeln entspreche. Jedenfalls entspricht hiernach die Feststellung, daß der Angeklagte ein Gebäude 2c. fahrlässig „in Brand gesetzt habe", dem § 308; RG. I 14. März 81 E. 4 22.

3) Es wird ferner eine „Fahrlässigkeit" (§ 59 N. 17) auf seiten des Täters erfordert, die in der Praxis

I. angenommen wurde bei einem selbständigen Arbeiter, der mit einem offenen Licht an einen Ort sich begeben, wo ein solches wegen Feuergefährlichkt. nicht benutzt werden durfte, mochte es ihm auch von seinem Arbeitgeber zum Gebrauche bei der an dem btr. Orte vorzunehmenden Arbeit gegeben worden sein; RG. I 4. Mai 82 R. 4 428; bei Unterlssg. des Verschlusses der durch Herausschrauben eines Gasarmes aus der Gasleitung entstandenen Öffnung; Dresden 20. Apr. 74 St. 5 163 (btr. § 311);

II. verneint wurde bei zeitweiligem Offenstehenlassen von Zündhölzern, zu denen ein sechsjähriger Knabe gelangen konnte — nach Belegenheit des Falles sowie unter Berücksichtigung des durch die Verhältnisse bedingten Herkömmlichen und Üblichen; Dresden 16. Jan. 74 St. 4 198.

4) Es wird endlich die — unmittelbare oder mittelbare (vgl. § 306 N. 2 aE.) — Verursachung des Brandes gerade „durch die Fahrlässigkeit" des Täters erfordert; vgl. § 222 N. 4_2, insbs. das das. zit. RG. E. 6 146. In der Praxis des RG. ist das Vorliegen eines solchen Kausalzusammenhanges z. B. angenommen: bei Herbeiführung des Brandes einer Scheune durch Herabfallen einer so fahrlässig aufgestellten Laterne, daß sie infolge der geringsten Erschütterung herunterfallen konnte, sollte auch nicht festgestellt werden können, welches konkrete Ereignis das Herunterfallen bewirkte und ob der Angeklagte gerade dieses vorhersehen konnte; so das zit. E. 6 146; bei Herbeiführung eines Brandes durch das fahrl. Tun des Angeklagten, mochte auch das fahrlässige Verhalten anderer Personen mitgewirkt haben; I 4. Mai 82 R. 4 428.

Da übrigens ein „Brand der in den §§ 306 u. 308 bezeichneten Art" durch Fahrlässigkeit herbeigeführt sein muß, so liegt fahrlässige Brandst. i. S. des § 309 auch dann vor, wenn jemand zwar eine eigene Sache der im § 308 bestimmten Beschaffenheit vorsätzlich in Brand setzte, ihm aber aus Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war, daß die Sache zur Mitteilung des Feuers in der im § 308 vorgesehenen Weise geeignet war; denn die Herbeiführung zwar nicht des Brandes als solchen, wohl aber der sog. mittelb. Brandst. beruht auch in diesem Falle auf Fahrlässigkeit, da der Täter eine erlaubte Inbrandsetzung beabsichtigte; aM. Oppenh.-D. N. 2.

Bei Unkenntnis des Vorhandenseins von Tatumständen, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören, wie also z. B. das Bewohntsein eines Gebäudes (§ 306^2), findet lediglich § 59_2 Anwendung (Oppenh.-D. N. 2), weshalb Freisprechg. nur zu erfolgen hat, falls die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlssgkt. verschuldet ist; dies gegen Binding Lb. 2 19 N. 1.

5) Fahrlässige Brandst. kann mit vorsätzlicher in Idealkonk. (§ 73) treten; so dann, wenn bei vorsätzlicher sog. mittelbarer Brandst. der Brand unbeabsichtigterweise bewohnte Gebäude 2c. ergreift und dieser Erfolg vom Brandstifter vorausgesehen werden konnte (vgl. jedoch Rüb.-St. § 307 N. 3, es sei dies nur ein Strafzumessungsgrund für § 306, was insofern richtig, als die Strafe lediglich aus diesem zu bemessen ist); ferner dann, wenn der Täter zwar wissentlich ein fremdes Gebäude in Brand setzte, dabei jedoch fahrlässigerweise nicht wußte, daß es um ein Wohngebäude sich handele; auch hier konkurriert der erste Mischtatbestand des § 308 mit den §§ 309, 306^2 (vgl. den ähnlichen Fall N. 4_2); so Frank N. 1; aM. Hälschner 2 623, Binding Lb. 2 19 N. 1 und Normen 2 585 N. 858, weil das Nichtwissen eines „Strafbarkeitsmerkmales" (s. jedoch § 306 N. 10) mit der Fahrlässigkeit nichts zu tun habe.

6) Eine qualifizierte fahrlässige Brandst. liegt vor, wenn „durch den Brand der Tod eines Menschen verursacht worden ist". Dieser straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 ist nicht, wie im § 307^1 (das. N. 3), von einer besonderen Art des Kausalzusammenhanges bedingt, vielmehr genügt jeder ursächliche Zusammenhang, gleichwie in den anderen Fällen, wo das StGB. dieses straferh. Umst. ebenfalls gedenkt

(vgl. z. B. §§ 178, 226); so die GM., insbs. RG. III 3. Dez. 81 E. 5 202, das die Qualifikation in einem Falle für vorliegend erachtete, wo jemand das brennende Gebäude bereits verlassen und erst bei Rückkehr dahin behufs Rettung von Sachen seinen Tod durch Verbrennen gefunden hatte; aM. Bruck Fahrlässigkt. S. 97, weil eine den Kausalzusammenhang unterbrechende Zwischenursache eingetreten sei; ferner Binding Lb. 2 20 N. 2.

Daß der Tod dem Täter zur Fahrlässigkeit zuzurechnen sei, ist nicht erforderlich (E. I Abschn. 4 N. 3_2); so die GM.; aM.: Binding aO., Hälschner 2 30, 623, Schaper HH. 3 888 N. 4, Schütze S. 517. Deshalb ist Idealkonk. der qualifizierten fahrlässigen Brandst. mit fahrlässiger Tötung denkbar, da bei dieser der Tod „durch Fahrlässigkeit" verursacht sein muß (§ 222 N. 4); so die GM.; aM.: Hälschner aO., H. Meyer S. 697 N. 22. Bei Konkurrenz mit Abs. 1 des § 222 ist die Strafe aus § 309, bei solcher mit Abs. 2 des § 222 aus letzterem zu bemessen; v. Prittwitz G. 30 160.

7) Die Strafe des einfachen Verg. (N. 2) ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3—900 M. (§ 27), diejenige des qualifizierten Verg. (N. 6) Gefängnis von 1 Mt.—3 J. Wegen Straflosigkeit vgl. § 310.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 10a, namentl. die das. zitt. RG. E. 9 152, 26 261, wegen des Beginnes beim qualif. Verg. insbs. das. N. 9.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. § 75[13] (F. v. 5. Juni 05).

§. 310.

Hat der Thäter den Brand, bevor derselbe entdeckt und ein weiterer als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schade entstanden war, wieder gelöscht, so tritt Straflosigkeit ein.

PrStGB. (fehlt). Entw. I (fehlt), II § 307.

1a) Der erst von der Bundeskommission aufgenommene § 310 hatte nach Rüd.-St. N. 1 ursprünglich seine Stellung vor dem § 309, bezog sich also nur auf die Fälle der vorsätzlichen Brandst.; demnächst erst wurde ihm seitens der Kommission die jetzige Stellung angewiesen, damit er auch auf die fahrlässige Brandst. Anwendung finde; er bezieht sich somit zweifellos auf beide Arten der Brandst.; so, außer den Motiven, RG. III 26. Sept. 89 E. 19 394. Nicht jedoch auf den Versicherungsbetr. aus § 265, da die Ausnahmevorschrift (N. 2) nicht ausdehnend ausgelegt werden darf, der Wortlaut („den Brand") aber mit Klarheit auf die eben vorhergegangenen Bestimmungen hinweist; so: Binding Lb. 2 21, Oppenh.-D. § 265 N. 7, v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 48 (dieser noch bemerkend, daß anderenfalls das Gesetz bei dem Seeversicherungsbetr. grundlos Straflosigkeit versagt haben würde); aM.: v. Schwarze § 265 N. 9, R. Herzog Rücktritt S. 259.

b) Wenn auch § 310 sowohl auf vorsätzl. wie auf fahrl. Brandst. sich bezieht, so zeigt sich doch bei der Anwendung des § 310 in beiden Fällen in subjektiver Hinsicht naturgemäß ein Unterschied. Denn während bei der vorsätzl. Brandst. dem auf letztere gerichteten Vorsatz ein auf Löschung des Brandes gerichteter Vorsatz gegenübertreten muß, mag letzterer auch schon von vornherein bei Begehung der Tat vorgelegen haben (vgl. RG. III 3. Jan. 89 E. 18 355), so verliert das subjektive Moment bei der fahrl. Begehungsart sich ins Unbestimmte und die Straflosigkeit des Täters ist von allerlei Zufälligkeiten bedingt, die mit der inneren und äußeren Seite der Straftat in keinem und nur noch mit der Abwendung der weiteren Gefahr in Zusammenhang stehen; so im wesentlichen RG. III 26. Sept. 89 E. 19 394.

2) Ausnahmsweise (§ 46 N. 16a) stellt das Gesetz, falls der Täter den weiteren Folgen der bereits vollendeten Brandst. entgegentritt, einen Strafaufhebungsgrund i. S. der StPO. § 295_2 auf; so: Oppenh.-D. N. 7, Löwe-H. StPO. § 295 N. 9b i. V. mit GVG. § 196 N. 3dα. Inhalts des § 310 muß eine „Inbrandsetzung" stattgefunden haben, folglich die strafb. Hdlg. selbst bereits vollendet sein (vgl. § 306 N. 2 sowie das N. 1b zit. RG. E. 18 355). Es ergibt sich hieraus, daß § 310 auf den Fall des sog. beendigten

Versuchs keinen Bezug hat; liegt ein solcher bei einer Brandst. vor, so findet vielmehr § 46[2] Anwendung.

Es enthält § 310 zugleich einen strafausschl. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266[2].

3) Die Strafaufhebung ist zunächst dadurch bedingt, daß noch nicht „ein weiterer als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schaden entstanden war". Die Inbrandsetzung (§ 306 N. 2) enthält notwendig die mindestens teilweise Zerstörung der in Brand gesetzten Sache, ruft also objektiv jedenfalls einen Schaden hervor; Meves GS. **24** 179. Es fragt sich, wann ein „weiterer" Schaden als der durch „die bloße Inbrandsetzung" bewirkte anzunehmen sei. Die im Anschluß an die Motive von RG. I 3. Mai 80 E. **1** 375 sowie von Schütze S. 517 vertretene Ansicht, daß der weitere Schaden ein „erheblicher" sein müsse, findet in den Gesetzesworten selbst keinen Anhalt; Binding Lb. 2 21, Meves GS. **24** 182. Ebensowenig erscheint das negative Erfordernis gerechtfertigt, daß der Brand sich noch nicht soweit ausgebreitet haben dürfe, daß der Brandstifter allein ihn nicht mehr löschen könne; so Binding aO.; aM. Schaper HH. **3** 883 N. 20. Ein „weiterer" Schaden i. S. des § 310 ist vielmehr anzunehmen, sobald der Brand nicht mehr auf den durch die konkrete Ausführung der Tat bedingten Herd sich beschränkt, sondern weiter um sich greifend — wenn auch nicht notwendig andere Gegenstände erfassend — auch fortschreitende Zerstörung mit sich führt; so im wesentlichen: H. Meyer S. 696 N. 17, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 5, Meves aO. S. 180, Pape Vers. u. Vollbg. b. d. Brandst. S. 75 ff. Wann ein derartiger „weiterer Schaden", der nicht bloß an Sachen, sondern auch an Personen sich ereignen kann (so die Motive), als entstanden anzunehmen sei, unterliegt wesentlich tatsächlicher Beurteilung; Hälschner 2 624, Frank aO., Rüd.-St. N. 4, Pape aO. S. 79, R. Herzog Rücktritt S. 260. Unbedingt liegt er im Falle des § 307[1] vor, weshalb in diesem eine Strafaufhbg. niemals stattfinden kann; Rubo N. 2. Zutreffend bemerkt übrigens Meves aO., daß durch den Begriff des „weiteren Schadens" behufs Herbeiführung der Straflosigkeit sachlich „ein sofortiges Löschen ohne die geringste Zögerung" erforderlich sei.

4) Weitere Voraussetzung ist, daß nicht etwa erst die Brandstftg. als verbr. Hdlg. (Binding Lb. 2 20 N. 5), vielmehr „der Brand", d. h. nicht bloß die Rauchsäule o. der Feuerschein, sd. das Brennen des Gegenstandes (R. Herzog Rücktritt S. 260), „noch nicht entdeckt" sei; vgl. dieserhalb § 46 N. 19 ff. und namentl. das das. N. 19 u. 21 zit. RG. E. **1** 375, sowie mit der dortigen Ausführung in N. 21 wesentlich übereinstimmend RG. III 16. Nov. 91, II 25. Sept. 97, G. **39** 330, **45** 424 (Entdeckung sei nur anzunehmen, wenn der Brand von einem unbeteiligten Dritten wahrgenommen werde, noch ehe dem Täter o. der von ihm herbeigerufenen Hilfe die Löschung gelungen), Binding Lb. **2** 21, Geyer **2** 113, Hälschner **2** 625, H. Meyer S. 696 N. 16, Oppenh.-D. N. 4, R. Herzog aO., Pape Vers. u. Vollbg. b. d. Brandst. S. 80 (vgl. jedoch § 46 N. 26); aM. Meves GS. **24** 177.

Bei der fahrl. Brandstftg. insbs. ist übrigens nicht wesentlich, daß der Täter sofort zum Bewußtsein seiner Fahrlässigkeitsschuld gelangt sei, wenn er nur als erster den Brand als solchen erkannt hatte; RG. III 26. Sept. 89 E. **19** 394 (N. 1 b).

5a) Liegen die beiden in N. 3 u. 4 bezeichneten Voraussetzungen vor, so tritt Straflosigkeit ein, wenn „der Täter den Brand wieder gelöscht hat"; es kann wohl von vornherein nicht zweifelhaft sein, daß nur ein vorsätzliches Löschen gemeint sei (vgl. § 46 N. 17); es spricht dafür namentl. auch die in den Motiven gebrauchte Bezeichnung der sog. „tätigen Reue", die freilich im übrigen unrichtig ist, da es auf das maßgebend gewesene Motiv nicht ankommt; Hälschner **2** 626, Schaper HH. **3** 883. Nicht ausreichend ist dagegen die Absicht, die Wiederbeseitigung des Brandes zu versuchen, vielmehr bildet nur die Tatsache der Beseitigung des Brandes einen Strafausschließungsgrund; deshalb ist § 310 auch nicht anwendbar, wenn es nur zum Versuche einer Brandstiftung kam, der Täter jedoch bei Begehung der Tat die eben bezeichnete Absicht hatte; so das N. 1 b zit. RG. E. **18** 355 (trotz der anscheinend harten Folge gegenüber dem Falle der vollendeten Tat), ebenso Frank N. 1; aM. Kohler Studien **1** 122 N. **.

b) Mit dem fraglichen Erfordernisse wird, wie im § 46[2], sachlich eine eigene Tätig-

keit des Brandstifters erfordert; er selbst muß den Brand wieder gelöscht haben; so: v. Liszt S. 495, Meves GS. **24** 175, Pape Vers. u. Vollbg. b. d. Brandst. S. 74 u. insbs. für den Fall der fahrl. Brandstftg. RG. I 3. Mai 80, III 26. Sept. 89, E. **1** 375, **19** 394. Doch bedeutet dieses Erfordernis nicht, daß der Täter den Brand mit eigenen Händen gelöscht haben müsse; es gilt vielmehr das § 46 N. 18, Bemerkte entsprechend, weshalb auch die Mitwirkung fremder Hilfe dem Täter zustatten kommt, falls nur die fremden, zur Löschung wirksam gewordenen Kräfte vom Täter in Bewegung gesetzt waren, so daß sie als für ihn wirkende Kräfte sich darstellten; so: RG. zit. E. **19** 394, II 25. Sept. 97 G. **45** 424, Hälschner **2** 625, v. Liszt aO., Otker GS. **64** 218 (mit dem Hinweis, daß bei mehreren Angekl. die Nebenfrage mehrfach zu stellen sei, ohne daß aus einer verschiedenartigen Beantwortung ein Widerspruch sich ergebe); aM. Schaper HH. **3** 883 N. 20.

6) Die im § 163, gleichfalls gebrauchte Wendung „Straflosigkeit tritt ein" (vgl. auch den Eingang des § 158) bezeichnet, daß die Strafaufhebung nur dem zugute komme, der den Brand gelöscht hat, nicht aber den bei der Löschung unbeteiligten Teilnehmern an der Brandst. (vgl. § 163 N. 6_2); so die GM. Nach der Ausführung in § 46 N. 2 liegt hierin eine Abweichung von dem, was bezüglich der Wirkung der Strafaufhebung beim beendigten Versuch gilt. Man wird deshalb hier im § 310 auch das Wort „Täter" anders als im § 46 (das. N. 7) auslegen und darunter den Anstifter und Gehilfen mit begreifen müssen; so die GM., auch Binding Hb. **1** 221 u. Lb. **2** 21 N. 5 zufolge „analoger Ausdehnung"; aM. Meves GS. **24** 175.

7) Unwirksam ist die irrtümliche Annahme der Voraussetzungen des § 310, z. B. des Nochnichtentdecktseins, selbst bei im übrigen entsprechender Tätigkeit (§ 59 N. 25e); Binding Lb. **2** 21.

§. 311.

Die gänzliche oder theilweise Zerstörung einer Sache durch Gebrauch von Pulver oder anderen explodirenden Stoffen ist der Inbrandsetzung der Sache gleich zu achten.

PrStGB. § 289. Entw. I § 290, II § 308. Aktenst. Nr. 92.

Vgl. § 325 sowie EG. § 4.

1a) Der begrifflich eine gänzliche oder teilweise Zerstörung einer Sache (§ 306 N. 2) erfordernden „Inbrandsetzung", d. h. sowohl der vorsätzl. wie der fahrl., ist nach § 311 „die gänzliche oder teilweise Zerstörung (§ 125 N. 3c) einer Sache durch Gebrauch von Pulver oder anderen explodierenden Stoffen (§ 296 N. 7cβ) gleichzuachten". Darunter ist zu verstehen jede durch das Umgehen mit explodierenden Stoffen verursachte Zerstörung, also jede, die durch Verwendung solcher Stoffe bzw. durch Gebaren mit solchen herbeigeführt wird; keineswegs erfordert der Ausdruck „Gebrauch" eine Tätigkeit, die zweckentsprechend, d. h. auf die Benutzung irgendeiner Eigenschaft der zu gebrauchenden Sache, gerichtet ist; es würde das mit den durch § 311 mitbegriffenen Fahrlässigkeitsvergehen unvereinbar sein; so: RG. III 11. März 89 E. **19** 279, Binding Lb. **2** 22, Hälschner **2** 629, Schütze S. 518 N. 35, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 2; vgl. auch die Motive „Zerstörung durch Pulver" 2c.

b) Die gesetzliche „Gleichachtung" der Herbeiführung einer Zerstörung durch Explosion mit der Inbrandsetzung zeigt, daß bloße Modalitäten derselben Hdlg. in Frage stehen, die eine alternative Feststllg. gestatten; aM. Wertheimer Mischgesetze S. 64, es handele sich im § 311 um neue Verbrechenstatbestände gegenüber denen der §§ 306 ff. Die „Gleichachtung", die nicht „im Sinne dieses Strafgesetzes" (vgl. § 8 N. 1) ausgesprochen ist, wird auch schon nach der, lediglich auf die vorhergehenden §§. deutenden, Fassung „der Inbrandsetzung der Sache" sowenig wie § 310 (das. N. 1) ausdehnend zu verstehen sein, wenn auch kein Grund vorliegt, eine Bedrohung mit Herbeiführung einer Explosion nicht als solche „mit Brandstiftung" i. S. des § 254 (das. N. 2b) anzusehen. Was insbs. den § 265 betrifft, so findet er direkt Anwendung, falls die Explosion eine Inbrandsetzung verursacht; ohne diese Voraussetzung würde seine Anwendung daran scheitern, daß er von einer „gegen Feuersgefahr

versicherten Sache" spricht; Hälschner 2 629, Merkel HH. 3 780, Schütze S. 475 N. 17, Oppenh.-D. § 265 N. 5, v. Speßhardt Versicherungsbtr. S. 47, Reves StrZ. 13 407. Es ist aber Binding Lb. 1 368 zuzugeben, daß, soweit eine Versicherung gegen Feuersgefahr auch eine solche gegen Explosion umfaßt, die Gleichstellung des § 311 auf § 265 ebenfalls Anwendung zu finden hat.

2) Aus der ausgesprochenen „Gleichachtung" (N. 1b) ergibt sich, daß „in dem Falle, in welchem die Voraussetzungen des § 311 eintreffen, auch alle die Strafvorschriften über die Brandstiftung mit ihren nach den Gegenständen, der Zeit der Handlung und den sonstigen Umständen gemachten Unterscheidungen zur Anwendung zu bringen sind" (so die Motive). Der Natur der Sache nach ist lediglich die Anwendung des § 307³ im Falle der Verursachung einer Explosion ausgeschlossen (Oppenh.-D. N. 1); bewirkt nämlich die Explosion eine „Inbrandsetzung", so findet § 307³ unmittelbare Anwendung, selbst wenn der Täter hinsichtlich des Mittels — ob Feuer, ob Explosion — sich geirrt haben sollte, da ein solcher Irrtum bei der gesetzlichen Gleichachtung beider Mittel für einflußlos erachtet werden muß (vgl. §§ 306 N. 10, 308 N. 7₂); Wanjeck GS. 31 21, Binding Normen 2 584.

3) Straflosigkeit nach Maßgabe des § 310 kann im Falle einer durch Explosion bewirkten Zerstörung nicht eintreten; § 310 kann hier keine Anwendung finden, weil er von einer bei einer Explosion nicht zutreffenden Voraussetzung ausgeht, da deren Wirkung von vornherein eine andere ist als eine „bloße Inbrandsetzung", die zunächst einen „weiteren Schaden" nicht bewirkt; so: Binding Lb. 2 21 f. (unter Bezugnahme auf das § 125 N. 3c zit. RG. E. 8 33), v. Liszt S. 497, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 2; aM. Geyer 2 114 (freilich würden tatsächlich nur ausnahmsweise die Bedingungen des § 310 vorliegen), ebenso Frank N. II (der zugleich, namentl. für den Fall des Versuchs, auf SprengstoffG. § 5 verweist), auch Pape Vers. u. Vollendg. b. d. Brandst. S. 72.

§. 312.

Wer mit gemeiner Gefahr für Menschenleben vorsätzlich eine Ueberschwemmung herbeiführt, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren und, wenn durch die Ueberschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. §§ 290, 292. Entw. I §§ 291, 293, II § 309. Aktenst. Nr. 92.

Vgl. § 325 sowie EG. § 4.

Zu §§ 312—314. N. 1—5.

1) Wie die §§ 306—310 die gemeingefährl. V. u. V. durch Entfesselung der Naturkraft der Hitze (des Feuers) betreffen, so die §§ 312—314 diejenigen durch Entfesselung der Naturkraft des Wassers, indem die §§ 312, 313 gegen die vorsätzliche, § 314 aber gegen die fahrlässige Herbeiführung einer Überschwemmung (N. 2) sich richten.

Durch die Regelung dieser Materie in den §§ 312—314 werden die wasserpolizeil. Vorschriften, insbs. auch die die Verhütung von Überschwemmungen betreffenden, nicht berührt und sie sind demgemäß durch jene §§. nicht außer Kraft gesetzt (vgl. auch § 321 N. 4₂); Berlin 6. Juni 74 O. 15 365.

2) Unter einer „Überschwemmung" ist nicht jede Überströmung eines sonst wasserfreien Teiles der Erdoberfläche o. auch eines geschlossenen Raumes, z. B. eines Bergwerks (so in letzterer Beziehung Binding Lb. 2 31, 33; aM. H. Meyer S. 698), mit Wasser zu verstehen, sondern eine Überflutung mit Wasser von solcher Menge, Gewalt und räumlichen Ausdehnung, daß dadurch eine Entfesselung der Naturkraft des Wassers eintritt (N. 1), die eine Gefahr für das überflutete Gebiet in sich birgt; so die GM., insbs. RG. IV 13. Okt. 85 R. 7 577.

3) Die „Herbeiführung" einer Überschwemmung bedeutet lediglich deren „Verursachung"; es greift hier das § 309 N. 2 Bemerkte Platz, indem im § 312 die „Verursachung des Todes eines Menschen" gleichfalls einen straferhöh. Umst. bildet, daher mit Rücksicht auf diese Wendung im § 312 der Ausdruck „Herbeiführung" gewählt und der Gleichmäßigkeit

wegen in den §§ 313, 314 beibehalten wurde; aM. v. Schwarze N. 4 (das für zu speziell erachtete Wort „verursacht" sei durch den allg. Ausdruck „herbeiführt" ersetzt worden) und mit Berufung auf ihn Schaper HH. 3 891 N. 5.

Hinsichtlich der Verursachung einer Überschwemmung gelten die allg. Grundsätze (T. I Abschn. 3 N. 2). Deren Anwendung i. V. mit dem Inhalte der §§ 312—314, nach denen ein rechtlicher Unterschied sowenig zwischen der gänzlichen und der nur teilweisen Herbeiführung einer Überschwemmung wie zwischen der Herbeiführung einer gänzlichen und einer nur teilweisen Überschwemmung besteht, ergibt, daß auch die Vergrößerung einer schon vorhandenen anderweitigen Überschwemmung durch Erweiterung des Überschwemmungsgebietes oder Erhöhung des Wasserstandes als „Herbeiführung einer Überschwemmung" anzusehen ist, indem lediglich der immer vorhandenen Mitwirkung elementarer Kräfte in der Kausalitätsreihe nur ein Faktor mehr hinzugefügt wird (vgl. jedoch N. 4_3); so RG. III 23. Dez. 81 E. 5 309, auch Binding Lb. 2 34.

4) „Mit gemeiner Gefahr" und zwar „für Menschenleben" (§ 312) oder „für das Eigentum" (§ 313) oder für eines von beiden „für Leben oder Eigentum" (§ 314) muß die Überschwemmung herbeigeführt sein. Das Merkmal der gem. Gefahr, das innerhalb des Abschn. 27 (das. N. 1) lediglich in den §§ 312—314 sich findet, kommt sonach gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nur in der Beziehung auf „Leben und Eigentum" in Betracht, während eine Gemeingefahr für andere Güter, z. B. die Gesundheit, für den Tatbestand einflußlos ist.

Eine „gemeine" Gefahr (§ 52 N. 7) ist wesentlich eine öffentliche (§ 110 N. 5). Daraus ergibt sich für die Gemeingefahr in dem oben bezeichneten e. S., daß durch sie Menschenleben bzw. Eigentum in einer individuell nicht bestimmten und begrenzten Zahl gefährdet sein muß; sie muß sein „eine Gefahr von unbestimmter Richtung u. Tragweite" (Merkel S. 352); Gemeingefahr ist sonach nicht vorhanden, wenn bloß einzelne bestimmte Personen oder Sachen — selbst in der Mehrzahl — gefährdet sind; das Wesen der gem. Gefahr besteht demgemäß darin, daß der Täter die Ausdehnung der Gefährdung nicht in seiner Gewalt hat, sie bei ihrem Ursprunge nicht ermessen kann, wenn auch der Natur der Sache nach jeder noch so allgemeinen Gefahr eine örtliche Grenze anhaften muß. So die GM., insbs. RG. III 23. Dez. 81 E. 5 309, I 29. Sept. 83, IV 13. Okt. 85, R. 5 557, 7 577. Kann hiernach auch positiv nicht die Gefährdung einer unbestimmten Vielheit gefordert werden, so ist doch umgekehrt der Standpunkt entschieden falsch, daß Gemeingefahr zwar eine Gefahr bedeute, der jeder beliebige Dritte (bzw. jede beliebige Sache) ausgesetzt sein könne, daß dagegen schon die Gefahr ausreiche, die auch nur für einen anderen herbeigeführt werde; so zunächst Meves StrZ. 13 377, 549 N. 1 u. GS. 26 188, ferner namentl. Siebenhaar ZStrW. 4 276, Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 191 sowie RoteringG. 31 272, der deshalb auch, ebenso wie Hälschner 2 603, eine für mehrere nicht gleichzeitig, sondern nacheinander eintretende Gefahr für genügend erachtet (vgl. darüber Schaper HH. 3 863). Für diese Auffassung ist augenscheinlich die bereits hervorgehobene Verwandtschaft mit dem Begriffe der „Öffentlichkeit" bestimmend gewesen, allein zu Unrecht; es wird verkannt, daß es hier um ein „Gefährdungsdelikt" sich handelt, während in den Fällen, wo die „Öffentlichkeit" ein Tatbestandsmoment bildet, „Verletzungsdelikte" in Frage stehen; demnach genügt bei diesen, wenn tatsächlich nur Eine Person in der in Betracht kommenden Richtung verletzt wurde, während die Gefährdung auch bei ihnen stets mehrere betrifft.

Findet die „Herbeiführung einer Überschwemmung" durch Vergrößerung einer bereits vorhandenen, mit Gemeingefahr verbundenen Überschwemmung statt (N. 3_2), so muß behufs Erfüllung des in Rede stehenden Tatbestandsmerkmales auch eine Ausdehnung der schon bestehenden gem. Gefahr bewirkt worden sein; Stuttgart 16. Sept. 74 St. 4 199.

5a) Von der vorsätzlichen Herbeiführung einer Überschwemmung handeln insbs. die §§ 312, 313. Streitig ist, ob „vorsätzlich" auch auf die vorhergehenden Worte „mit gem. Gefahr für Menschenleben bzw. für das Eigentum" sich beziehe. Die Stellung, die dem Worte „vorsätzlich" gegeben, ist zweifellos eine außergewöhnliche, wie ein Blick auf die Redaktionsmethode ergibt, die in anderen, vorsätzliche Delikte betreffenden §§. des StGB.

befolgt ist. Daß aber der Gesetzgeber dem „vorsätzlich" jene Stellung absichtlich eingeräumt hat, ergibt der von der fahrl. Herbeiführung einer Überschwemmung handelnde § 314, wo die Worte „durch Fahrlässigkeit" die gewöhnliche Stellung einnehmen; der Gesetzgeber hat es hier bei dieser belassen, weil der Tatbestand des fahrl. Deliktes einer verschiedenartigen Auffassung nicht fähig ist, während er in den §§ 312, 313 eben durch die Stellung des „vorsätzlich" positiv zum Ausdruck gebracht hat, daß die Herbeiführung einer gem. Gefahr und insbs. einer solchen „für Menschenleben" bzw. „für das Eigentum" auf dem Vorsatze des Täters nicht zu beruhen braucht. So: Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 6, v. Buri GS. 29 Beilageh. S. 220. AM. v. Liszt S. 498. Das Ergebnis ist insofern unbefriedigend, als die hiernach nur zum Teil vorsätzl. Hdlgen aus § 312 bzw. § 313 mit überaus hohen Strafen bedroht sind, doch ist zu beachten, daß, wer vorsätzlich eine Überschwemmung in dem N. 2 erläuterten S. herbeiführt, wohl stets mit dem Bewußtsein handeln wird, daß „mit einiger Wahrscheinlichkeit gem. Gefahr bevorstehend" sei; doch kann man dieses Bewußtsein nicht mit v. Buri Kausalität S. 61 als Tatbestandsmoment erfordern. Überwiegend wird angenommen, daß der Täter nicht bloß eine Überschwemmung, sondern wenigstens eventuell auch die Gemeingefahr gewollt haben müsse; so: Binding Lb. 2 32 u. Normen 2 580 f., Geyer 2 115, Hälschner 2 638, H. Meyer S. 699, Frank N. IV, v. Schwarze N. 3, Wanjeck GS. 31 32; Binding und Wanjeck gehen übrigens noch darin auseinander, ob den beiden Verbr. aus § 312 und § 313 gemeinsam das Verbot der „Überschwemmung mit gem. Gefahr für Rechtsgüter" zugrunde liege (so ersterer) oder ob zwei Verbote, das der lebensgefährlichen und das der eigentumsgefährdenden Überschwemmung anzunehmen seien (so letzterer).

b) Daß die Hdlg., um strafbar zu sein, rechtswidrig sein muß, ist selbstverständlich; so Binding Lb. 2 34 mit dem Bemerken, daß sie z. B. durch bindenden Befehl o. durch Notstand (vgl. T. I Abschn. 4 N. 9c u. f) gerechtfertigt sein könne, während das Bestehen eines Staurechtes die Rechtswidrigkeit nicht beseitige (vgl. § 314 N. 1_2).

Zu § 312. N. 6—10.

6) Die mit gem. Gefahr „für Menschenleben" verbundene vorsätzliche Herbeiführung einer Überschwemmung ist entweder eine einfache oder eine qualifizierte.

Wegen des i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. „wenn durch die Überschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist" vgl. die auch hier zutreffende N. 1_1 zum § 178. Wenn Schaper HH. 3 891 N. 5 hier einen „unmittelbaren" Kausalzusammenhang des Todes mit der Überschwemmung, v. Schwarze N. 1 sogar „denselben unmittelbaren Kausalnexus wie im § 307[1]" verlangt, so tragen sie das Erfordernis des „unmittelbaren" Kausalzusammenhanges willkürlich in das Gesetz hinein, das hier so gut wie in allen übrigen Fällen, wo die „Verursachung des Todes eines Menschen" den straferhöh. Umst. eines vorsätzlichen Deliktes bildet (vgl. T. I Abschn. 4 N. 3_2), mit jedem Kausalzusammenhange sich genügen läßt, abgesehen von dem Falle des § 307[1], in dem ausdrücklich ein bestimmter gefordert wird.

7) Ein nach § 43 strafb. Versuch ist nicht nur beim einfachen, sondern auch beim qualifizierten Verbr. denkbar, weil durch eine herbeigeführte Überschwemmung immerhin der Tod eines einzelnen Menschen verursacht sein kann, ohne daß die Überschwemmung mit gem. Gefahr für Menschenleben verbunden war (§ 43 N. 5_2); v. Liszt S. 498. Vgl. Thomsen Versuch S. 175 f.

8) Mit den vorsätzlichen Tötungsdelikten aus den §§ 211 ff. tritt das Verbr. aus § 312 in Idealkonk. (§ 73), falls der Täter den Tod von Menschen in bestimmter oder unbestimmter Zahl (vgl. § 211 N. 3_3) durch die Überschwemmung beabsichtigte; so: Hälschner 2 640, Siebenhaar ZStrW. 4 289; aM. v. Buri Kausalität S. 62 u. GS. 29 Beilageh. S. 221, durch § 312 habe, abgesehen von dem höher zu bestrafenden Morde, auch die vorsätzliche Tötung mit getroffen werden sollen; wg. Bindings Ansicht vgl. Lb. 2 34.

Wegen des Verhältnisses zu § 313 vgl. das. N. 4b, zum § 321 das. N. 11c.

9) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4)

Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 BbER.; b. nach § 325 ZulPolAuff.

Der Versuch (N. 7) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

10) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim einfachen sowie beim versuchten qualif. Verbr. in funfzehn, beim vollendeten qualif. Verbr. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2c). Wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{1-7}, 136^{1}.

§. 313.

Wer mit gemeiner Gefahr für das Eigenthum vorsätzlich eine Ueberschwemmung herbeiführt, wird mit Zuchthaus bestraft.

Ist jedoch die Absicht des Thäters nur auf Schutz seines Eigenthums gerichtet gewesen, so ist auf Gefängniß nicht unter Einem Jahre zu erkennen.

PrStGB. §§ 291, 292. Entw. I §§ 292, 293, II § 310. Aktenst. Nr. 92.

1) Bei der vorsätzlichen Herbeiführung einer Überschwemmung (§ 312 N. 1—3, 5) mit gem. Gefahr „für das Eigentum" wird die Eigenschaft der Gefahr als eine „gemeine" nicht durch die Größe und den Wert der bedrohten Eigentumsobjekte bedingt, sondern durch die Ausdehnung der Gefährdung auf verschiedene Gegenstände unbestimmt wievieler Eigentümer (§ 312 N. 4); RG. IV 13. Okt. 85 R. 7 577; vgl. dagegen v. Liszt S. 494, nach dem Gemeingefahr für fremdes Eigentum, unter Umgestaltung der allg. Begriffsbestimmung, Gefahr für einen nicht individuell bestimmten und begrenzten Kreis von Sachen bedeuten soll, mögen sie auch demselben Eigentümer gehören.

2) Nach Absatz 2 bildet die bei der — ein Vergehen darstellenden (vgl. § 1 N. 7b; so: H. Meyer S. 32, v. Liszt S. 498, Frank N. III) — Handlung „nur auf Schutz seines Eigentums gerichtet gewesene Absicht des Täters", d. h. also der von ihm verfolgte Endzweck, einen strafvermindernden Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295, während Strafausschließung wegen Notstandes nach Maßgabe der Fassung des § 54 (vgl. übrigens das. N. 10_1) nicht vorliegt. Die Strafe wird hier nicht „nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen" des Täters vermindert, so daß § 50 (das. N. 5b) keine Anwendung findet. Dagegen nimmt Binding Hb. 1 221 u. Lb. 2 35 analoge Ausdehnung des Strafmilderungsgrundes auf den Anstifter, „vielleicht auch auf den Gehilfen" an (vgl. § 310 N. 6).

3) Ein nach § 43 strafb. Versuch des Verbr. ist denkbar, der Versuch des Verg. dagegen nicht für strafbar erklärt.

4a) Bezüglich des Verhältnisses zur vorsätzlichen Sachbeschbgg. (§§ 303 ff.) gilt das über das Verhältnis des § 312 zu den vorsätzlichen Tötungsdelikten Bemerkte (das. N. 8) entsprechend. So: Hälschner 2 640, Frank N. II. AM. v. Buri Kausalität S. 62 u. GS. 29 Beilageh. S. 221 (§ 313 umfasse auch die vorsätzliche Beschädigung von Eigentum); vgl. ferner Binding Hb. 1 369 u. Lb. 2 34.

b) Was das Verhältnis zum § 312 anbetrifft, so können beide Arten der vorsätzlichen Herbeiführung einer Überschwemmung miteinander in Idealkonk. treten, wenn die einheitliche Hdlg. sowohl den im § 312 als auch den im § 313 vorgesehenen Erfolg herbeiführt (vgl. § 73 N. 21a); so Frank N. II; aM.: Binding Lb. 2 32 u. Normen 2 580, Hälschner 2 639, nach denen lediglich die schwere Qualifikation aus § 312 Platz greift, während v. Buri Kausalität S. 62 u. GS. 29 Beilageh. S. 219, 221 sowie Wanjeck GS. 31 34 annehmen, daß mit einer Gefahr für Menschenleben stets auch eine solche für Eigentum verbunden, daß folglich § 313 im § 312 mit enthalten sei.

5) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbrechens (Abs. 1) ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14_2); als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 BbER.; b. nach § 325 ZulPolAuff.

Der Versuch (N. 3) wird nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 bestraft.

Die Strafe des Vergehens (Abs. 2) ist Gefängnis von 1—5 J. (§ 16).

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₁ beim Verbr. in funfzehn, nach § 67₂ beim Verg. in fünf Jahren.

Zuständig ist: für das Verbrechen (Abs. 1) SchwG.; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹;
für das Verg. (Abs. 2) Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 314.

Wer eine Ueberschwemmung mit gemeiner Gefahr für Leben oder Eigenthum durch Fahrlässigkeit herbeiführt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre und, wenn durch die Ueberschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

PrStGB. § 293. Entw. I § 294, II § 311.

1) Die fahrlässige Herbeiführung einer Überschwemmung mit gem. Gefahr (vgl. § 312 N. 1—4) „für Leben (d. h. nach § 312 „Menschenleben") oder Eigentum" — nicht „für Leben und Eigentum" (so jedoch v. Prittwitz G. 30 168), obschon selbstverständlich die Strafbestimmung auch auf den Fall sich bezieht, daß Leben und Eigentum gefährdet werden (Hälschner 2 641), — ist entweder eine einfache oder eine qualifizierte. Wegen letzterer vgl. § 309 N. 6.

Die Fahrlässigkeit (§ 59 N. 17) wird übrigens durch eine Stauberechtigung des Täters nicht beseitigt, da die allg. u. öffentl. Rechtspflicht, keine gemeingefährl. Überschwemmungen herbeizuführen, von dem zufälligen Umfange des einer Privatperson zustehenden Staurechtes unabhängig ist; RG. II 8. Juli 81 R. 3 471 (btr. PrALR.), III 23. Dez. 81 E. 5 309 (btr. HannovProvinzialr.), Geyer 2 115.

2) Die Strafe ist Gefängnis (§ 16) und zwar des einf. Verg. von 1 T.—1 J., des qualif. von 1 Mt.—3 J.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 315.

Wer vorsätzlich Eisenbahnanlagen, Beförderungsmittel oder sonstiges Zubehör derselben dergestalt beschädigt, oder auf der Fahrbahn durch falsche Zeichen oder Signale oder auf andere Weise solche Hindernisse bereitet, daß dadurch der Transport in Gefahr gesetzt wird, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

PrStGB. § 294. Entw. I § 295, II § 312. Aktenst. Nr. 92.
Vgl. §§ 319, 325 sowie EG. § 4.

Zu §§ 315—320. N. 1.

1) Die §§ 315—320 behandeln Delikte gegen Eisenbahn- und Telegraphenanlagen, also gegen hervorragende Verkehrseinrichtungen. Im besonderen betreffen die §§ 315, 316 Gefährdungen von Eisenbahntransporten, die §§ 317, 318 Verhinderungen u. Gefährdungen des Betriebes zu öffentlichen Zwecken dienender Telegraphenanlagen bzw. der ihnen gleichgestellten Rohrpostanlagen (§ 318a₁), während § 319 für alle diese Fälle die Zul. einer eigentümlichen Nebenstrafe ausspricht und § 320 deren faktische Durchführung durch Strafbestimmungen zu sichern sucht.

Zu §§ 315, 316. N. 2—8.

2) Die Delikte gegen Eisenbahnen sind (abgesehen von dem straferhöh. Umst.) bloße

Gefährdungs-, keine Verletzungsdelikte; denn nicht wird ein „nachteiliger Erfolg" oder das „Entstehen eines Schadens" erfordert (Berlin OTG. 27. Sept. 71, OTr. 1. Okt. 74, St. 1 104, 4 200), sondern nur ein „Ingefahrsetzen", d. h. also ein „Gefährden".

Im besonderen betrifft § 315 die vorsätzliche, § 316₁ die fahrlässige Gefährdung „des Transportes auf einer Eisenbahn", während § 316₂ die „durch Vernachlässigung obliegender Dienstpflichten verursachte Gefährdung eines Transportes" zum Gegenstande hat, ohne das subjektive Schuldmoment zu betonen.

3a) „Eisenbahn" (vgl. auch §§ 90² N. 3a, 243⁴ N. 37c, 305 N. 3f) bezeichnet im weitesten S. begrifflich jede zum Transport von Menschen und Gütern bestimmte Anlage, bei der die Transportmittel auf festen — die Bahn genau vorzeichnenden — Schienen sich bewegen; so RG. II 19. Mai, I 17. Sept. 85, E. 12 205, 371, die jedoch „metallene" bzw. „eiserne" Schienen verlangen, ebenso: Hälschner 2 641, H. Meyer S. 699, Eger Preuß. Eisenbahnr. 2 155 N. 19, während mit Binding Lb. 2 41, Rubo N. 4 u. Supper Eisenbahnstrafr. S. 32 N. 7 das Material an sich für gleichgültig zu erachten ist. Nicht fallen somit unter den Begriff der „Eisenbahn" die sog. schwebenden Drahtseilbahnen (Hälschner aO., Frank N. II 1), wohl aber die auf Schienenstrecken sich bewegenden; RG. I 2. Dez. 01 E. 35 12, Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 159.

b) Im weiteren ist negativ anzunehmen, daß unter Eisenbahnen i. S. der §§ 315 f. Pferdebahnen nicht zu verstehen seien. Zunächst ist zu beachten, daß der gem. Sprachgebrauch, dem das StGB. grundsätzlich sich anschließt (Rubo S. 152), mit dem Worte „Eisenbahn" einen engeren Begriff verbindet, der die Pferdebahnen nicht mitumfaßt; dem hat auch — abgesehen von dem zivilrechtl. HaftpflichtG. v. 7. Juni 1871 — die Gesetzgebung des DR. und der Bundesstaaten in ihrer Ausdrucksweise sich angeschlossen (vgl. die nähere Nachweisung bei RG. II 19. Mai 85 E. 12 205). Allerdings kann das nicht entscheidend sein, weil einerseits der Sprachgebrauch schwankt, indem namentl. die Pferdebahngesellschaften häufiger die Namen „Pferde-Eisenbahn" tragen (vgl. z. B. „Große Berliner Pferde-Eisenbahn"), andererseits der Zweck und Sinn der Gesetzesvorschrift die weitere Bedeutung bedingen oder zulassen kann, wie im § 243⁴ (N. 37c). Für die §§ 315 f. rechtfertigt sich aber die Annahme, daß sie Pferdebahnen nicht mitbegreifen wollen, auch durch die Entstehungsgeschichte, indem die ältere PrGesetzgebung und die darauf beruhenden §§ 294, 295 des PrStGB., die Quellen jener Bestimmungen des RStGB., von Eisenbahnen zweifellos lediglich i. S. von „Lokomotiveisenbahnen" sprechen; in Ermangelung jedes aus den Materialien sich ergebenden Anhalts für eine gegenteilige Auffassung hat die Annahme Platz zu greifen, daß den fr. Strafbestimmungen keine wesentlich weitere Tragweite gegeben werden sollte, als sie in der Pr. und der damit übereinstimmenden Gesetzgebung anderer Bundesstaaten gehabt hat, um so mehr als zur Zeit des Erlasses des RStGB. Pferdebahnen schon, wenn auch erst geringe (vgl. Hilse, Haftpflicht der Straßenbahnen — Berlin 1888 — S. 17 N. 8), Verbreitung gefunden hatten, folglich dringende Veranlassung vorgelegen hätte, ev. der Absicht, auch die Pferdebahnen unter den Schutz der §§ 315 f. zu stellen, unzweideutig Ausdruck zu geben. Dazu kommt, daß die Höhe der Strafandrohungen des § 315 nur durch die großen Gefahren sich erklärt, denen namentl. der Betrieb auf den Lokomotiveisenbahnen ihrer eigentümlichen Natur und ihrer intensiven und extensiven Entwickelung nach — nicht aber derjenigen auf Pferdebahnen — ausgesetzt ist; endlich würde auch die Anwendung der Vorschriften der §§ 319, 320 auf Hdlgen, die gegen andere Bahnen als Lokomotiveisenbahnen sich richten, zu Folgerungen führen, die vom Gesetzgeber nimmermehr beabsichtigt sein können und vermieden werden, sobald man annimmt, daß auch bei der Redaktion des §§ 315 f. der gem. Sprachgebrauch maßgebend gewesen sei. So: RG. zit. E. 12 205, Berlin Pl. 2. Okt. 75 O. 16 625, Berner S. 644, Binding Lb. 2 41, Hälschner 2 642, v. Liszt S. 499, H. Meyer S. 699, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 4, Rüd.-St. N. 1, Hilse aO. S. 176 u. Schutzbedürfnis der Pferdebahnen — Berlin 1890 — S. 157 N. 8, Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 159, Supper aO. S. 29, Eger Preuß. Eisenbahnr. 2 155 N. 18, Endemann Eisenbahnr. S. 729. AM.: Dochow HRl. „Gemeingef. V.", v. Schwarze N. 3, Meves GS. 26 192, ferner Schaper HH. 3 895 N. 1, sofern „eine

selbständige Fahrbahn vorliege, während die Einlegung von Schienen in Straßen und Chausseen nicht genüge".

c) Positiv sind sonach unter Eisenbahnen die Lokomotiveisenbahnen zu verstehen, bei denen die Dampfkraft das bewegende Element ist. Ein Grund, die Straßeneisenbahnen mit solchem Betriebe auszuschließen, liegt nicht vor; vielmehr weist, wenn auch solche zur Zeit des Erlasses des RStGB. noch nicht bekannt waren, dennoch die Beibehaltung des Wortes „Eisenbahn" ohne jeden Zusatz auf die Absicht hin, darunter jede Eisenbahn in dem bisher damit verbundenen S. einer Lokomotivbahn zu begreifen; RG. I 3. Juli, 1. Dez. 84, E. 11 33, R. 6 771, Geyer 2 115, Supper aO.; enger dagegen Binding Lb. 2 41, der die §§. nur auf die dem allg. Verkehr von Ort zu Ort u. der Landesverteidgg. dienenden Lokomotiveisenbahnen bezieht, deshalb für die Regel alle reinen Lokalbahnen ausscheidet. Weiterhin aber fragt sich, ob der Begriff der „Eisenbahnen" i. S. der §§ 315 f. auf die bezeichneten Lokomotiveisenbahnen zu beschränken sei. Diese Frage ist zu verneinen; unmöglich konnte der Gesetzgeber der Entwickelung der Technik sich verschließen; seine Strafbestimmungen mußten vielmehr durchweg Eisenbahnen berücksichtigen, deren Betrieb mittels elementarer Naturkräfte, nicht mittels lebender Wesen, erfolgt; gerade die Entfesselung von Naturkräften ist ein für die Aufnahme der btr. Strafbestimmung in den Abschn. 27 (vgl. §§ 306 N. 1, 312 N. 1) maßgebender Gesichtspunkt gewesen; dieser trifft aber nicht bloß zu bei den Eisenbahnen, die mittels Dampfkraft betrieben werden, sondern namentl. auch bei den elektrischen Eisenbahnen; so: RG. I 17. Sept. 85 E. 12 371, Berner S. 644, Hälschner 2 642, v. Liszt S. 499, H. Meyer S. 699, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 4, Loock, Supper, Endemann aO.; aM.: Binding, Eger aO. Für den Begriff der Eisenbahn in diesem S. ist es gleichgültig, ob die treibende Maschine ein besonderes Gefährt bildet (bzw. gar, wie namentl. unter Umständen bei elektrischem Betriebe, feststeht; Hälschner aO.) oder einen Teil des die Personen o. Sachen aufnehmenden Wagens, ob die für den gewöhnlichen Verkehr bestimmte Straße zur Schienenlage benutzt ist, wie die Art des Betriebes geregelt ist sowie ob und welche Sicherheitsmaßregeln getroffen sind; RG. II 9. Dez. 87 E. 16 431 (es sei auch gleichgültig, ob das BahnpolizeiRegl. v. 30. Nov. 1885 Anwendung finde; vgl. übrigens jetzt die EisenbahnBuBO. v. 4. Nov. 1904 § 1).

4) Der Schutz der §§ 315 f. erstreckt sich auf jede Eisenbahn in dem N. 3 erläuterten S., sobald sie zum Zwecke des Transportes in Benutzung genommen ist; wie insbs. der Gegensatz zu den §§ 317, 318 klarstellt, ist es gleichgültig, ob die Eisenbahn zu öffentlichen Zwecken dient oder nur zu Privatzwecken, wie namentl. in großen Fabriketablissements und in Bergwerken. So: RG. II 4. Dez. 83, IV 2. März 86, E. 9 233, 13 380, Geyer 2 115, Hälschner 2 643, v. Liszt S. 499, H. Meyer S. 700, Frank N. II 1, Oppenh.-D. N. 3, Rubo N. 4, Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 158, Supper Eisenbahnstrafr. S. 33. AM. Berlin OAG. 14. Juni 73 St. 3 36 sowie die überwiegende Ansicht, insbs. auch Schrötter Preuß. Eisenbahnr. S. 247 N. 5 u. Eger Preuß. Eisenbahnr. 2 152 f.; freilich erachten Dresden 22. Nov. 75, 6. Apr. 77, St. 6 375, 7 355, Binding Lb. 2 42 f., Rüd.-St. N. 1 u. v. Schwarze N. 3 es nicht für notwendig, daß die zu öffentl. Zwecken erbaute Eisenbahn bereits dem öffentl. Verkehr übergeben sei, während andererseits Berlin 23. März 77 St. 7 186 zwar an dieser Voraussetzung festhält, dagegen es für gleichgültig erachtet, ob der btr. Teil der Eisenbahn (die speziellen Schienenstränge) dem öffentl. Verkehr oder besonderen Betriebszwecken diene. Vgl. übrigens N. 8_4.

5) Während §§ 315, 316_1 von „dem Transport auf einer Eisenbahn" sprechen, wird im § 316_2 der Gefährdung „eines Transports" gedacht. An sich wird durch den Gebrauch des bestimmten und des unbestimmten Artikels etwas Verschiedenes bezeichnet und erscheint auf den ersten Blick die Annahme gerechtfertigt, daß die §§ 315, 316_1 den Transport im allgemeinen, § 316_2 aber einen bestimmten Transport im Auge habe. Dennoch ist aber dafür zu halten, daß im Falle des § 316_2 nur eine inkorrekte Fassung vorliege, daß aber ein sachlicher Unterschied durch sie gegenüber den §§ 315, 316_1 nicht habe zum Ausdruck gebracht werden sollen. Schon die §§ 294, 295 des PrStGB. zeigten, in Anlehnung

einerseits an die §§ 1, 4, andererseits an § 5 des PrG. v. 30. Nov. 1840, den gleichen Unterschied in der Fassung, ohne daß die Materialien (vgl. Goltd. Mat. 2 655) irgend etwas dafür ergeben, daß dadurch auch ein sachlicher Unterschied habe angedeutet werden sollen; ebensowenig scheint in der PrPraxis (vgl. Oppenh. PrStGB. §§ 294 N. 2, 3, 295 N. 1) ein derartiger Unterschied für vorliegend erachtet worden sein. Besonders spricht aber gegen einen solchen die im übrigen gleichmäßige Fassung der §§ 296, 298 des PrStGB., die, ihrerseits an die §§ 1, 3, 4 des PrG. v. 15. Juni 1849 sich anlehnend, nicht zwischen „der Benutzung der Telegraphenanstalt" und „einer Benutzung" unterscheiden, sondern durchweg, namentl. auch im Abs. 2 des § 298 den bestimmten Artikel gebrauchen. In den §§ 315, 316 des RStGB., die den §§ 294, 295 des PrStGB. im wesentlichen nachgebildet sind, ist die Inkorrektheit der letzteren in dem hervorgehobenen Punkte, wie bei dem Schweigen der Motive angenommen werden muß, lediglich unbewußt wiederholt, ohne daß der Abweichung der Ausdrucksweise im § 316_2 eine materielle Bedeutung beiwohnt. So: RG. I 30. Okt. 84 E. 11 205, Binding Lb. 2 42, Oppenh.-D. N. 7, Supper Eisenbahnstrafr. S. 38. AM.: Frank § 316 N. II 3, Rüd.-St. N. 2.

Ist hiernach nicht anzunehmen, daß mit dem Gebrauch des „ein" im § 316_2 etwas von den §§ 315, 316_1 Abweichendes habe zum Ausdruck gebracht werden sollen, so muß mit Rücksicht auf den vorwiegenden Gebrauch der Wendung „der Transport" — bzw. den durchgängigen Gebrauch des bestimmten Artikels in den §§ 317, 318 — diese Ausdrucksweise der Auslegung der §§ 315, 316 zugrunde gelegt werden. Vgl. übrigens Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 189, der gegen den Ausdruck „Transport" (statt: Betrieb) sich wendet; ebenso Binding aO. Vgl. auch N. 7.

6) Wegen „Gefährdung" vgl. § 52 N. 7. Die bloße Möglichkeit des Eintritts eines Schadens ist nicht ausreichend; so die GM., insbs. RG. II 11. März 84, III 14. Juni 97, E. 10 173, 30 178, III 7. Feb. 84, IV 17. Feb. 85, R. 6 98, 7 128. Allein meist wird, entgegen der diesseits vertretenen Ansicht, die Wahrscheinlichkeit eines solchen Eintritts erfordert; so außer den zitt. Entsch. namentl. auch Siebenhaar ZStrW. 4 255 N. 2, 283. Es wird aber anerkannt, daß das Begriffsmerkmal der „Gefahr" und des „Ingefahrsetzens" i. S. der §§ 315 f. überwiegend tatsächlicher Natur sei, und bemerkt insbs. das zit. RG. E. 10 173, daß das „Gesetz nicht einen hohen oder überhaupt einen bestimmten Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadens" verlange; ähnlich RG. III 25. Okt. 88 R. 10 594; vgl. auch I 10. Dez. 96 E. 29 244 btr. §§ 317, 318a. Die wesentlich konkrete Beurteilung verbietet, nach der einen oder anderen Richtung auf bloße Zufälligkeiten zu rücksichtigen (RG. III 14. Juni 97 E. 30 178), weshalb namentl. auch von dem nur durch Zufall möglichen, rechtzeitigen, den Schaden verhindernden Eingreifen Dritter abzusehen ist; RG. IV 17. Sept. 95 G. 43 257. Dagegen erkennt das zit. RG. E. 10 173 an, es lasse als Rechtsgrundsatz sich nicht aufstellen, daß die größere o. mindere Wahrscheinlichkeit einer hemmenden Einwirkung (insbs. seitens anderer Beamten) für die Frage, ob ein Zug in Gefahr gesetzt sei, notwendig unberücksichtigt bleiben müsse (z. B. bei großer räumlicher Entfernung der beiden Züge, deren Zusammenstoß möglich war).

7) Nach Maßgabe der Ausführungen in den N. 5, 6 ist „der Transport auf einer Eisenbahn in Gefahr gesetzt", wenn zur Zeit der btr. Hdlg. nach den obwaltenden konkreten Umständen begründete Besorgnis vorliegt, daß die Benutzung der Eisenbahn zu den ihr eigentümlichen Zwecken, dem Betriebe auf der Fahrbahn als solchem, einen Schaden erleiden werde, ohne Rücksicht darauf, ob Besorgnis bezüglich bevorstehender Beschädigung eines bestimmten Transports vorliegt; so ist z. B. der Transport im allg. gefährdet, wenn auf einer im Betriebe befindlichen Eisenbahn ohne Kenntnis der Bahnverwaltung die Schienen aufgerissen werden; denn mag auch der nächste fahrplanmäßige Zug erst so spät nach der Tat die gestörte Strecke zu durchlaufen haben, daß eine rechtzeitige Entdeckung der Tat wahrscheinlich und somit eine Gefährdung jenes Zuges ausgeschlossen ist, so ist dennoch der Betrieb als solcher gefährdet, weil dieser die unvorhergesehene Ablassung von Sonderzügen 2c. naturgemäß mit sich bringt; die Betriebsgefährdung genügt somit zur Erfüllung des Tatbestandes. So: RG. I 30. Okt. 84, III 23. Mai 87, R. 6 663

9 334, Binding Lb. 2 43, Geyer 2 116, Hälschner 2 645, v. Liszt S. 499, H. Meyer S. 700, Schaper HH. 3 896, Oppenh.-D. N. 7, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 2, Siebenhaar ZStrW. 4 285, Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 190. AM. Meves GS. 26 199. Aus dem Gesagten folgt, daß die Frage der Gefährdung eines Eisenbahntransportes nicht davon abhängig zu machen ist, ob der Verwirklichung der Gefahr vorgebeugt war, vielmehr kommt es darauf an, ob durch die Hdlg. in irgendeinem Zeitpunkte eine Gefährdung herbeigeführt war; RG. II 18. Mai 86 E. 14 135 (der wirkliche Kausalitätsverlauf sei für die letztere Frage nicht entscheidend), III 14. Juni 97 E. 30 178 (btr. § 316_2; nur die Beseitigg. der Gefahr selbst schließe das Tatbestandsmerkmal aus).

Übrigens ist eine bloße Betriebshinderung, z. B. Verhinderung der fahrplanmäßigen Abfahrt eines Zuges, wenn sie meist auch mit einer Betriebsgefährdung zusammentreffen wird, nicht mit dieser gleichbedeutend; Dresden 16. Nov. 74 St. 5 164, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 4, Rotering G. 31 275; auch Binding Lb. 2 44 (die ungefährliche, obschon vollständige Betriebshinderung falle als solche nicht unter das Gesetz).

8) Der augenfälligste Beweis für die Gefährdung „des Transports auf einer Eisenbahn" in dem N. 7 erläuterten S. ist die Gefährdung eines konkreten Transports; vgl. RG. III 8. Feb. 92 E. 22 343. Deshalb ist die Bestimmung dessen, was hierunter zu verstehen sei, auch für die Anwendung der §§ 315, 316 von praktischer Wichtigkeit.

Ein Eisenbahntransport besteht zunächst aus dem Beförderungsgegenstand, d. h. denjenigen Personen und Sachen, die befördert wurden bzw. befördert werden sollten, insofern sie noch bzw. bereits den einer Eisenbahn eigentümlichen Transportmitteln anvertraut sind; ferner aus diesen — selbst wieder den Gegenstand des Transports bildenden — Beförderungsmitteln (Waggons, Wagen, Lowren ꝛc.), endlich aber auch ihrer eigenen materiellen Bedeutung wegen aus den Zugmitteln (Lokomotiven mit Tendern), durch welche die zu befördernden Objekte in jenem weiteren S. befördert werden. So: RG. I 24. Feb. 81 E. 3 415, zit. E. 22 343, Binding Lb. 2 42 (vgl. aber auch S. 44), Geyer 2 115, Hälschner 2 644, Meves GS. 26 198 f., Siebenhaar ZStrW. 4 285. Dagegen sind sog. Draisinen (Kurbelwagen) und ähnliche bestimmungsmäßig durch Menschenkräfte fortzubewegende Transportmittel als „Eisenbahntransporte" niemals zu erachten, weil sie nach der Ausführung o. N. 3c als dem Eisenbahnbetriebe eigentümlich nicht anzusehen sind; so: Berner S. 644, Binding aO. 43 N. 5 (sie könnten nur als Gefährdungsmittel in Betracht kommen), H. Meyer S. 700 N. 36, Frank N. IV 1, Rüd.-St. N. 3, Loock Schutz der Eisenbahnen S. 190; aM.: Supper Eisenbahnstrafr. S. 35, Eger Preuß. Eisenbahnr. 2 167 N. 79. Für die Beurteilung, ob irgendein Gegenstand als Beförderungsgegenstand o. -mittel bzw. Zugmittel anzusehen sei, ist die jeweilige Beziehung entscheidend, in der er zu der Eisenbahn und den die Bewegung auf ihr hervorbringenden Kräften steht; RG. IV 13. Mai 87 E. 16 66 (es könnte z. B. eine Lokomotive bzw. ein Güterwagen, die unter anderen Verhältnissen Zug- bzw. Transportmittel seien, bloßer Transportgegenstand werden, so, wenn sie, obschon mit Rädern versehen, in den Zug einrangiert mitliefen; ein mit Rädern versehener „Lastenkrahn" wurde ebenso als Transportgegenstand angesehen). Ein Beförderungs- o. Zugmittel insbſ. wird dann zum Eisenbahntransport, wenn es zur maßgebenden Zeit in einer dem Zwecke u. Wesen des Eisenbahnbetriebes entsprechenden Weise sich in Verwendung befindet, deshalb auch eine den Rangierdienst verrichtende Lokomotive; so zit. RG. E. 22 343. Übrigens ist die als Folge der Beschädigung eines Beförderungsmittels eintretende Gefährdung von Beförderungsgegenständen nur dann als Gefährdung eines Eisenbahntransports anzusehen, wenn sie zugleich Betriebsgefährdung ist; RG. III 14. Nov. 98 G. 46 448.

Die Gefährdung eines Eisenbahntransports kann hiernach vorliegen, ohne daß Personen gefährdet waren; Berlin OAG. 27. Sept. 71 St. 1 104, v. Schwarze N. 6. Andererseits aber wird, weil Personen Zubehörteile eines konkreten Transports sein können, unter Umständen die Gefährdung einer einzelnen Person, insbſ. einer zum Transportpersonal gehörigen, wie z. B. eines auf dem Trittbrett stehenden Schaffners, als eine den Transport

selbst gefährdende Hdlg. aufzufassen sein; so: RG. III 31. Jan. 84 R. 6 74, II 18. Mai 86, I 16. Juni 98, E. 14 135, 31 198, Binding Lb. 2 43 N. 1, Oppenh.-D. N. 9, Rubo N. 5; aM.: v. Schwarze N. 2, Meves aO. 200.

Gleichgültig ist (selbst im Sinne der Ansicht, die eine zu öffentlichen Zwecken dienende Eisenbahn verlangt; s. o. N. 4), ob der konkrete Transport dem öffentl. Verkehr oder nur zu Bau- o. Arbeitszwecken diente; so: zit. RG. E. 3 415, Dochow HRl. „Gemeingef. V.", Meves aO. 199, Supper Eisenbahnstrafr. S. 34.

Aus dem, übrigens keineswegs unbedingt zutreffenden, Grunde, weil anderenfalls der Charakter einer gemeingefährl. Hdlg. ausgeschlossen sein würde, verlangt Meves aO. noch den Hinzutritt eines weiteren Momentes, nämlich das der dem Zweck u. Wesen einer Eisenbahn entsprechenden Bewegung; allein ein zeitweiliges Stillstehen schließt den Begriff des „Transports" nicht aus, wenn nur im Einzelfall die Bestimmung der Ortsveränderung bestehen bleibt; so, außer Binding Lb. 2 42 (vgl. aber auch S. 44 N. 1), Hälschner 2 644 u. Supper aO. S. 36, ferner RG. zit. R. 6 74, IV 16. Dez. 84 E. 11 328, die als Eisenbahntransport ansehen: einen einzelnen in der Entladung begriffenen Güterwagen, der alsbald wieder einrangiert und weiter transportiert werden sollte, bzw. mehrere beladene und zusammengekuppelte Eisenbahnwaggons, welche zum Zwecke der Einrangierung auf dem Nebengeleise eines Bahnhofs standen; ebenso: Frank N. IV 1, Oppenh.-D. N. 7a, Rüd.-St. N. 3. Dagegen bilden Lokomotiven, Waggons 2c., die, ohne die konkrete Bestimmung zur Translozierung, zur Aufbewahrung (Reserve) auf einem Nebengeleise stehen, keinen Transport. Keineswegs aber schützt das Gesetz bloß den Transport in seiner Gesamtheit, sondern unter jener Voraussetzung auch einen einzelnen Teil des Transports; so allg. RG. IV 13. Mai 87 E. 16 66, ferner I 24. Feb. 81 E. 3 415 (btr. einer von einem Lokomotivführer geleiteten Lokomotive nebst Tender, die zur alsbaldigen Übernahme eines Zuges bestimmt war), endlich das zit. E. 11 328 (btr. eines einzelnen Wagens, der erst wieder in einen Bahnzug eingereiht werden sollte).

Zu § 315. N. 9—16.

9) Im Falle des § 315 kommen zwei Gefährdungsmittel in Betracht; man wird aber mit Wertheimer Mischgesetze S. 64 das einheitliche Moment der Gefährdung betonen müssen u. deshalb einen alternativen Mischtatbestand (§ 47 N. 29) anzunehmen haben. Das erste Gefährdungsmittel ist „die vorsätzliche Beschädigung von Eisenbahnanlagen oder Zubehör derselben".

a) „Eisenbahnanlagen" bezeichnet die gesamten unbeweglichen Teile einer Eisenbahn in dem im § 305 (das. N. 3f) gebrauchten S. des Worts, d. h. den Schienenweg und was zu diesem gehört; Binding Lb. 2 44, Frank N. II 1, Meves GS. 26 194, Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 188, Supper Eisenbahnstrafr. S. 41; weiter geht Eger Preuß. Eisenbahnr. 2 163 N. 67.

b) Im Gegensatze zu den „Eisenbahnanlagen", dem unbeweglichen Bauwerke, steht das „Zubehör", worunter alle beweglichen Sachen zu verstehen sind, die dem Zwecke des Eisenbahnbetriebes dienen; Meves aO. Darunter fallen zunächst die im Gesetze hervorgehobenen „Beförderungsmittel", und zwar sowohl die Lokomotiven als auch die Waggons 2c.; Binding, Meves, Loock aO. Ferner aber die Mittel zur Beaufsichtigung und Sicherung des Betriebes; Meves aO., v. Schwarze N. 2. Zu den letzteren gehören namentl. auch die Eisenbahntelegraphen; der Umstand, daß diese durch die §§ 317, 318 einen besonderen Schutz genießen, steht der Anwendung des § 315, in Idealkonk. mit § 317, nicht entgegen, falls ein Transport auf einer Eisenbahn durch vorsätzliche Beschdgg. eines Eisenbahntelegraphen gefährdet wird; so: Hälschner 2 645, Schaper HH. 3 899, Frank N. II 3, Meves aO. S. 195; aM. Oppenh.-D. N. 3a.

c) Wegen „Beschädigen" vgl. § 303 N. 4, und damit übereinstimmend Dresden 6. Apr. 77 St. 7 355, das jedoch, um das Fortschlagen eines vor die vordersten Räder eines Eisenbahnzuges behufs Verhütung des Fortrollens auf abschüssiger Bahn gestemmten Klotzes als „Beschädigung des Zuges" — d. h. also „der Beförderungsmittel" — zu qualifizieren, zu der bedenklichen Annahme schritt, daß der Zug „als ein Ganzes mit

diesem Klotze so lange anzusehen sei, als der letztere dem angegebenen Zwecke diene" (s. übrigens N. 10_3).

10) Als Gefährdungsmittel kommt ferner in Betracht: „die vorsätzliche Bereitung von Hindernissen auf der Fahrbahn". Diese Hindernisbereitung ist einmal möglich direkt durch körperliche Gegenstände, die auf der „Fahrbahn" selbst, d. h. dem Geleise nebst dem dazwischen liegenden und dem daneben liegenden Raum, welcher der Berührung durch Lokomotive o. Wagen ausgesetzt ist, o. wenigstens in dem bezüglichen Luftraum (Binding Lb. 2 44) sich befinden müssen (vgl. **RG.** I 9. Dez. 86 E. **15** 82); sie kann bewirkt werden namentl. „durch Aufstellen, Hinlegen oder Hinwerfen von Gegenständen oder durch Verrückung von Schienen ꝛc." (so im PrStGB. § 294), aber auch sonst jeglicher Art sein, z. B. durch Inbewegungsetzung eines einzelstehenden Eisenbahngüterwagens mittels Aufdrehens der Bremse geschehen, derartig, daß also ein in Gefahr gesetzter Transport zugleich selbst das Hindernis auf der Fahrbahn bildet, wodurch die Betriebsgefährdung herbeigeführt wird; **RG.** I 16. Juni 98 E. **31** 198. Die Hindernisbereitung kann aber auch, wie im Gesetze selbst hervorgehoben wird, indirekt bewirkt werden „durch falsche Zeichen oder Signale" — als welche auch vorzeitig abgegebene Zeichen ꝛc. angesehen werden können — indem dadurch ein Transport auf eine Bahnstrecke geführt oder auf einer solchen gehalten wird, trotzdem ihm auf ihr Hindernisse entgegentreten; zit. **RG.** E. **15** 82.

Wie der Ausdruck „auf der Fahrbahn" klarstellt, muß ein objektives Hindernis bereitet sein, so daß weder die Anstellung eines unfähigen Beamten, noch die Unfähigkeit eines Bediensteten hierher gehört; Schaper HH. **3** 897 N. 2, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 6.

Vgl. übrigens den N. 9c erwähnten praktischen Fall, in dem ein einem Transporte von befugter Seite bereitetes Hindernis unbefugt beseitigt wurde; es fragt sich, ob nicht hierin die „Bereitung" eines Hindernisses in dem Sinne zu finden, daß das Anhalten und Lenken des Zuges dadurch verhindert war (gegen diese Auffassung Supper Eisenbahnstrafr. S. 42 N. 25); anderenfalls dürfte § 315_1 eine Lücke aufweisen, da sonst jene Hdlg. als solche unter einen der Mischtatbestände des Abs. 1 nicht fallen würde.

11) Daß die Gefährdung selbst eine vorsätzliche sein müsse, folgt weniger aus dem nicht korrekten Wortlaute (richtiger müßte es heißen: „Wer vorsätzlich den Transport auf einer Eisenbahn dadurch in Gefahr setzt, daß er Eisenbahnanlagen ꝛc. beschädigt ꝛc."), sondern aus dem Gegensatz zum § 316; so ausdrücklich: Binding Lb. **2** 45, Hälschner **2** 646, v. Liszt S. 499 f., Rubo N. 2; im Grunde aber auch, obschon mit anderem Wortausdruck, die GM., insbs. **RG.** III 10. Apr. 80 R. **1** 565. Daß der Vorsatz auf die Verursachung eines Schadens gerichtet sei (N. 2), wird nicht verlangt; so das zit. **RG.**

Von dem generellen Dolusmerkmal, dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (§ 59 N. 30 f.), kann auch im Falle des § 315 nicht abgesehen werden (so auch Hälschner **2** 647), obschon die Fassung nicht etwa in Anlehnung an die §§ 303 ff. dahin geht, „Wer vorsätzlich und rechtswidrig" ꝛc. (vgl. § 303 N. 7, 9). Daß bei fehlender objektiver Rechtswidrigkeit (T. I Abschn. 4 N. 9) die Hdlg., z. B. eines Eisenbahnarbeiters, der eine neue Schiene einzulegen hat, nicht aus § 315 strafbar sein kann, ist selbstverständlich; vgl. Binding aO., v. Liszt S. 499, Rotering Fahrlssgkt. S. 45. Aber auch wer, ohne daß ihm Berufspflichten obliegen, um einen bestimmten Zug vor dem sicheren Verderben, z. B. vor dem Absturz in einen Fluß infolge eben stattgefundenen Zusammenbruchs einer Eisenbahnbrücke, zu bewahren, auf der Fahrbahn Hindernisse bereitet, wodurch „der Transport" in Gefahr gesetzt wird, macht bennoch wegen fehlenden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit des Verbr. aus § 315 sich nicht schuldig; so Geyer **2** 116; aM. Meves GS. **26** 201; auch Hälschner **2** 647 N. 1 u. H. Meyer S. 700, insofern sie Straflosigkeit nur bei den Voraussetzungen eines Notstandes aus § 54 annehmen, da durch das Motiv der Tat weder die objektive Rechtswidrigkeit, noch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werde; weiter geht dagegen Supper Eisenbahnstrafr. S. 48.

12) Wegen der im Absatz 2 hervorgehobenen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 vgl. § 221 N. 11 sowie Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 197 ff. Es

genügt jeder ursächliche Zusammenhang (vgl. § 309 N. 6; so auch Eger Preuß. Eisenbahnr. 2 169); deshalb liegt der Umstand vor, falls der Verletzte oder Getötete, z. B. ein Spaziergänger, zu dem gefährdeten Transporte in irgendeiner Beziehung nicht stand (Frank N. VII, Oppenh.-D. N. 11), ferner auch dann, falls die Verletzung ꝛc. erfolgte, weil die auf dem gefährdeten Zuge befindliche Person durch einen Sprung sich zu retten suchte, selbst wenn es ohne diesen zu einer Verletzung nicht gekommen wäre (so: Schaper HH. 3 897, Rotering Fahrlässigkt. S. 50; aM. v. Prittwitz G. 30 167).

13) Ein aus § 43 strafb. Versuch ist nicht nur bei dem einfachen, sondern auch bei den qualifizierten Verbr. denkbar, weil eine der im Abs. 2 bezeichneten Folgen durch eine Beschädigung der Eisenbahnanlagen ꝛc. verursacht worden sein kann, ohne daß bereits eine Gefährdung des Transports eintrat (vgl. § 220 N. 5); v. Liszt S. 499. Vgl. Thomsen Versuch S. 177.

Übrigens liegt Vollendung und nicht bloß Versuch vor, sobald die, eine Gefährdung enthaltende, Hdlg. der im Abs. 1 bezeichneten Art begangen ist, sollte auch die Beschdgg. bzw. das Hindernis vor dem Eintreffen des nächsten Tranportes wieder beseitigt sein; es folgt dies daraus, daß die Gefährdung eines bestimmten Transportes überhaupt nicht erforderlich ist (N. 7); so die GM. Umgekehrt liegt dagegen, weil auf der Fahrbahn selbst das Hindernis bereitet sein muß, nur Versuch vor, wenn und solange bei der Hindernisbereitung durch körperliche Gegenstände (N. 10) der das Hindernis bereitende Gegenstand die Fahrbahn, wo er das Hindernis bereiten konnte, noch nicht erreicht hat; RG. I 9. Dez. 86 E. 15 82.

14) Das Verbr. aus § 315 kann in Idealkonkurrenz (§ 73) treten:

a. mit fahrlässiger Tötung o. Körperverletzung (§§ 222, 230); RG. I 16. Juni 98 E. 31 198;

b. mit dem Verg. aus § 305, sobald die Beschdgg. der Eisenbahnanlage als deren „gänzliche oder teilweise Zerstörung" sich qualifiziert;

c. mit dem Verbr. aus § 306[2]; vgl. das. N. 7_2;

d. mit dem Verbr. aus § 317; vgl. oben N. 9b.

Wg. des Verhältnisses zu § 316 vgl. das zit. RG. E. 31 198.

15) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar: des einfachen von 1—10 J., des leichter qualif. von 5—15 J., des schwerer qualif. wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VbEN.; b. nach § 325 ZulPolAufs.; c. diej. des § 319.

Der Versuch (N. 13) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4. Über einen praktischen Fall siehe RG. I 16. Juni 98 E. 31 198.

16) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim eins. Verbr. in zehn, beim leichter qualif. u. beim versuchten qualif. schweren Verbr. in funfzehn, beim vollendeten schwerer qualif. Verbr. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2c). Wegen des Beginnes der Verjährung der beiden qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 316.

Wer fahrlässigerweise durch eine der vorbezeichneten Handlungen den Transport auf einer Eisenbahn in Gefahr setzt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

Gleiche Strafe trifft die zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellten Personen, wenn

sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten einen Transport in Gefahr setzen.

PrStGB. § 295. Entw. I § 296, II § 313.

Entw. des AbänderungsG. v. 27. Dezember 1899. Aktenst. I Session 1898/99 Nr. 120.

StB. I Session 1898/99 S. 3274—3276, 3329 ff.

Vgl. § 319.

Zu § 316 Absatz 1. N. 1, 2.

1) Der einfache Tatbestand des Abs. 1 (vgl. im allg. § 315 N. 1—8) erfordert, daß durch eine der „vorbezeichneten Handlungen“, d. h. durch eine der im § 315 (das. N. 9, 10) bezeichneten, „der Transport auf der Eisenbahn in Gefahr gesetzt werde“ (§ 315 N. 7). Wenn nun auch § 315 jene „Handlungen“ ausdrücklich als „vorsätzliche“ charakterisiert, so werden sie doch im § 316 nur ihrem äußeren Tatbestande nach ins Auge gefaßt, derartig, daß das Verg. des Abs. 1 vorliegt, wenn die Gefährdung selbst fahrlässig geschah, gleichgültig, ob die gefährdende Hdlg. — die Beschädigung der Eisenbahnanlagen bzw. die Bereitung von Hindernissen — vorsätzlich oder fahrlässig vorgenommen wurde; da es unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, die praktisch wichtigsten Fälle der fahrlässigen Gefährdung (nämlich die durch eine fahrlässige Beschdgg. verursachten) straflos zu lassen, so muß man annehmen, daß der obige Gedanke nur eine nicht korrekte Fassung erhalten habe; so: **RG.** IV 17. Sept. 95 **G. 43** 257, Binding Lb. **2** 46, Hälschner **2** 648, v. Liszt S. 500, Frank N. 1, Meves **GS. 26** 245, Supper Eisenbahnstrafr. S. 48, Eger Preuß. Eisenbahnr. **2** 169 ff., Oetker **GS. 64** 104 (vgl. wg. der schwurgerichtl. Fragestllg.); aM. Endemann Eisenbahnr. S. 730.

Ob die Gefährdung fahrlässig (§ 59 N. 17) geschah, beurteilt sich nach den allg. Grundsätzen; notwendige Voraussetzung bildet deshalb die Voraussehbarkeit der Gefährdung seitens des Handelnden; **RG.** II 13. Dez. 91 **E. 5** 234; vgl. auch II 12. Feb. 92 **E. 22** 357 btr. der Notwendigkeit der Rücksichtnahme auf die Verhältnisse des Einzelfalles in bezug auf die Vorhersehbarkeit des Erfolges u. die Wahl der Verhütungsmittel, sowie ferner **RG.** II 1. Juni 00 **G. 47** 376 (N. 7_3).

Eine Hdlg., die, wenn sie vorsätzlich begangen wäre, nur als ein Versuch des Verbr. aus § 315 (das. N. 13_2) sich darstellen würde, z. B. weil bei der Hindernisbereitung durch körperl. Gegenstände letztere nicht auf die Fahrbahn selbst gelangt sind, unterliegt, falls ihr Fahrlässgkt. zugrunde liegt, keiner Bestrafung aus § 316_1; **RG.** I 9. Dez. 86 **E. 15** 82.

2) Der qualifizierte Tatbestand des Abs. 1 erfordert als straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, daß „durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist“; vgl. deshalb §§ 309 N. 6, 315 N. 12.

Zu § 316 Absatz 2. N. 3—8.

3) Abs. 2 behandelt ein sog. delictum proprium, indem als Subjekte des Verg. nur in Betracht kommen „die zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellten Personen“. Mit Recht nimmt die GM. an, daß dies keineswegs „Beamte“ i. S. des § 359 zu sein brauchen, schon deshalb nicht, weil § 316_2 auch auf Privatbahnen sich bezieht und deren „Bedienstete“ nicht durchweg „mittelbare Beamte“ sind.

4) Als Angestellter i. S. des Abs. 2 ist ein jeder anzusehen, der von zuständiger Seite, wenn auch nur vorübergehend und auf Widerruf, sei es auch nicht unter eidlicher oder anderer förmlicher Verpflichtung mit der Wahrnehmung einer Obliegenheit der oben bezeichneten Art bei einer Staats- o. Privatbahn beauftragt ist (so die GM., insbs. **RG.** II 5. Dez. 82 **R. 4** 870, IV 29. Okt. 89 **G. 37** 350), auch nur eine jener Obliegenheiten wahrzunehmen. Daß das Zusammentreffen aller drei Obliegenheiten bei einer Person nicht erforderlich ist, ergibt sowohl der Gegensatz des Abs. 2 zum Abs. 1 als auch die Fassung des Abs. 2 selbst („die . . Personen, wenn sie . .“); **RG.** II 13. Dez. 81 **E. 5** 234, zit. **G. 37** 359. Daß der Täter ein „Angestellter“ in diesem S. sei, muß erhellen; so genügt die Bezeichnung des Täters als „Hilfsweichensteller“ oder als „Bahnwärter“ nicht; Berlin 8. März, 23. Juni 76, O. **17** 179, 458. Darüber hinaus, daß eine Behörde 2c. zu

Anstellungen der in Frage kommenden Art im allg. und örtlich für die fragliche Stelle zuständig sei, unterliegt die Anstellung der richterlichen Prüfung nicht, namentl. nicht nach der Richtung hin, ob betreffs des Angestellten der vorgeschriebene Befähigungsnachweis erbracht ist; RG. II 16. Nov. 83 E. 9 189.

a) Zu den „zur Leitung der Eisenbahnfahrten" angestellten Beamten gehören nicht bloß höhere Angestellte (wie Stationsbeamte, Lokomotiv-, Zugführer), sondern alle Personen, die vermöge ihrer Anstellung darauf zu sehen und zu achten haben, daß bei einer Eisenbahnfahrt keine Gefahr erwachse, wobei unter jener auch die Bewegungen von Zugabteilungen u. ganzen Zügen auf den Geleisen der Bahn, um jene an die zweckentsprechende Stelle hinzuleiten, zu verstehen sind; RG. I 23. Juni 90 E. 21 15.

b) Zu dem Aufsichtspersonal gehören alle Personen, die vermöge ihrer durch die Bahnverwaltung erfolgten Anstellung darauf zu sehen haben, daß beim Bahnbetriebe kein Schaden geschehe, die also die Bahnanlage selbst und den Verkehr auf derselben zu überwachen haben, nicht etwa bloß die höheren Aufsichtspersonen über das Bahn- und Betriebspersonal, im Gegensatz zu diesem ihm untergeordneten Personal; RG. II 17. Apr. 83 R. 5 259, zit. G. 37 359. In der Praxis des RG. sind deshalb mit Recht zum Aufsichtspersonal uod zwar insbs. „über den Beförderungsbetrieb" gerechnet worden: die Bahntelegraphisten; II 20. Dez. 81 R. 3 816; die Wagenschieber; zit. R. 5 259.

5) Die Handlung selbst besteht im Falle des Abs. 2 darin, daß der Täter „durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten" einen Transport in Gefahr setzt (§ 315 N. 7). Wesentlich ist hiernach nur ein als Pflichtvernachlässigung sich darstellendes schuldbares Verhalten des Täters, die Gefährdung des Transportes auf einer Eisenbahn sowie der Kausalzusammenhang zwischen beiden; auf das subjektive Schuldmoment kommt es für den Kausalzusammenhang nicht weiter an und ist deshalb nicht erforderlich, daß die Gefährdung durch Fahrlässigkeit (§ 222 N. 4) verursacht worden sei; so die GM., insbs.: RG. I 15. Nov. 80 R. 2 511, II 13. Dez. 81, 16. Nov. 83, 9. Okt. 91, III 22. Feb. 83, I 18. Mai 85, III 14. Juni 97, E. 5 234, 9 189, 22 163, 8 66, 12 203, 30 178 (182); aM.: Binding Lb. 2 46, Geyer 2 116, Hälschner 2 648, v. Liszt S. 500, H. Meyer S. 700, Supper Eisenbahnstrafr. S. 54. Daß der Charakter des Verg. aus Abs. 2 ein regelwidriger ist (vgl.: Frank N. II 4, Neves GS. 26 247, Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 171; jedoch auch Beling ZStrW. 18 298, ein Fall der dem StGB. auch sonst nicht fremden Erfolgshaftung) muß anerkannt werden; nicht richtig aber ist es (s. jedoch N. 7), daraus eine dritte Schuldform neben Vorsatz u. Fahrlässgkt. zu folgern; T. I Abschn. 4 N. 3.

Wenn Pflichtvernachlässggen seitens mehrerer Personen begangen waren, aber für die Gefährdung ausschließlich die Vernachlässigung einer von ihnen ursächlich war, ist nur diese aus Abs. 2 verantwortlich; RG. IV 22. Sept. 85 R. 7 522.

6) Die den im Abs. 2 bezeichneten Angestellten „obliegenden Pflichten" sind wesentlich enthalten in den verschiedenen Reglements und in den für den Dienst der Bahnbeamten erlassenen Instruktionen, welchen letzteren die Bedeutung eines „Gesetzes" i. S. der StPO. § 376 übrigens nicht zukommt, da durch sie „Obliegenheiten nur für den engeren Kreis der Bahnbeamten und nur gegenüber der Bahnverwaltung normiert" werden (vgl. RG. III 17. Dez. 79 E. 1 125 btr. die frühere PrProzeßgesetzgebung); Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 205, die Dienstinstruktion habe nur die Bedeutung eines Beweismittels für die Pflichtvernachlässigung.

Jene Reglements und Instruktionen enthalten aber die Dienstobliegenheiten nicht ausschließlich; es gibt solche vielmehr auch außerhalb der Fälle, für die eine besondere Dienstvorschrift nicht gegeben ist, da letztere den Anforderungen des praktischen Lebens nie genügen können; RG. IV 14. Jan. 90 E. 20 190, v. Prittwitz G. 30 166, Loock aO. 204.

7) Die obliegenden Pflichten müssen vernachlässigt worden sein; das Gesetz verlangt nicht eine bestimmte Art der Vernachlässigung; sie kann deshalb ebensowohl eine fahrlässige wie auch eine vorsätzliche Nichterfüllung der Pflicht sein; so: Binding Lb. 2 46, v. Liszt S. 500, H. Meyer S. 700, Frank N. II 4, Oppenh.-D. N. 6, v. Prittwitz G.

30 165, Loock Schutz d. Eisenbahnen S. 204, Supper Eisenbahnstrafr. S. 53; aM. Albosser Unterlassungsdel. S. 131, nur fahrl. Nichterfüllung der Pflicht komme in Betracht; so früher auch Meves GS. **26** 246 mit dem Bemerken, daß der Vorsatz die Nichterfüllung aus dem Gebiete der „Vernachlässigung" in das der „Pflichtverletzung" führen würde (ähnlich Hälschner 2 648), während er später G. **36** 390 eine weder unter Vorsatz, noch unter Fahrlässigkeit zu begreifende subj. Verschuldung als erfordert angesehen hat; vgl. jedoch auch Eger Preuß. Eisenbahnr. **2** 188.

Worin im übrigen die Pflichtvernachlässigung besteht, ist gleichgültig; sie kann durch ein Handeln oder ein Unterlassen verübt werden; so: Oppenh.-D., Meves aO., v. Schwarze N. 4, Landsberg Kommissivdel. S. 207 ff.; aM. Albosser aO., das Gesetz verlange ein fahrl. Unterlassen. Die Vernachlässigung braucht deshalb namentl. nicht eine Beschdgg. oder eine Hindernisbereitung der im § 315_1 bezeichneten Art mit sich zu führen; so die GM. Deshalb wird aus Abs. 2 auch die Anstellung unfähiger Bediensteter strafbar werden können (vgl. § 315 N. 10_2). Besteht aber die vorsätzliche Vernachlässigung in einer der im § 315_1 bezeichneten Hdlgen, so findet beim Vorliegen des Gefährdungsvorsatzes (§ 315 N. 11) auch § 315 Anwendung; dieses gegen die Bedenken von Meves, falls man vorsätzl. Nichterfüllung mit hierher rechne (s. o. Abs. 1).

Keineswegs enthält übrigens die Nichtbeobachtung einer Dienstvorschrift unbedingt eine Pflichtvernachlässigung; es können Dienstvorschriften miteinander o. Dienstvorschriften mit dem direkten Befehl eines Dienstvorgesetzten in Widerstreit treten (vgl. § 222 N. 3_2) oder auch sonst Verhältnisse vorliegen, die die Nichtanwendung einer bestimmten, an sich zutreffenden Dienstvorschrift verbieten (vgl. § 315 N. 11_2); RG. IV 14. Jan. 90 E. **20** 190, III 25. Jan. 97 G. **45** 41 (auch I 15. Nov. 80 R. **2** 511), v. Prittwitz aO. 166, Loock aO.; vgl. aber andererseits RG. I 12. Feb. 03 G. **50** 136, jede „Nichtbeachtung der Dienstanweisung" sei eine „Vernachlässigung der Dienstpflichten" und jede Transportgefährdung, die durch Beobachtung der Dienstanweisung vermieden worden wäre, sei dem pflichtwidrig handelnden Beamten zuzurechnen, gleichviel, ob etwa andere Beamte die Gefährdung in höherem Maße u. in unmittelbarer Folge aus ihrer Pflichtverletzung verschuldet haben. Eine Pflichtvernachlässigung ist überhaupt ausgeschlossen, wenn der Täter, ohne daß ihm eine Verschuldung zur Last fällt, außerstande ist, diejenige Pflicht, um die es sich handelt, zu erkennen und zu erfüllen; RG. II 16. Nov. 83, 9. Okt. 91, E. **9** 189, **22** 163. Demgemäß kann auch ein Zustand der Bestürzung geeignet sein, die Annahme einer Pflichtversäumung aus Nachlässigkt. auszuschließen; RG. II 1. Juni 00 G. **47** 376.

8) Auch der Tatbestand des Abs. 2 scheidet sich, wie der des Abs. 1, in einen einfachen und qualifizierten; denn wenn den Täter im Falle des Abs. 2 „die gleiche Strafe trifft" (vgl. § 49a N. 21_2), so ist damit zugleich derselbe straferhöh. Umst. aufgestellt wie dort (vgl. deshalb N. 2).

Idealkonkurrenz; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 9, 10.

9) Denkbar ist eine Idealkonk. (§ 73) zwischen den beiden Verg. aus Abs. 1 u. 2, insofern der Täter dem Bahnaufsichtspersonal angehört und neben die Pflichtvernachlässigung noch die Verursachung der Gefährdung durch Fahrlässgkt. tritt.

Im übrigen können die einfachen Verg. mit fahrlässiger Körperverletzung, die qualifizierten mit fahrlässiger Tötung (vgl. § 309 N. 6_2) in Idealkonk. treten; RG. I 5. Jan. 82, 16. Juni 98, III 22. Feb. 83, II 7. März 93, E. 5 420, **31** 198, 8 66, **24** 58, IV 24. Apr. 85 R. 7 256; vgl. aber Binding Lb. 2 46 f. Ist die Tat mit Verletzung einer Berufspflicht, also namentl. von einem Eisenbahnbeamten begangen, so hat die Bestrafung aus Abs. 2 der §§ 222 bzw. 230 zu erfolgen; so zum Teil die zitt. Entsch.

Wg. des Verhältnisses zu § 315 vgl. das zit. RG. E. **31** 198.

10) Die Hauptstrafe ist beim einfachen Verg. wahlweise Gefängnis (§ 16) von 1 T.—1 J. oder Geldstr. von 3—900 M. (§ 27), beim qualifizierten Verg. dagegen lediglich Gef. von 1 Mt.—3 J. Die alternative Strafandrohung beim einf. Verg., für welche die Strafandrohung des § 309 zum Vorbild diente, beruht auf der mit dem 13. Jan. 00 in Kraft getretenen Novelle v. 27. Dezember 1899 (s. o. S. 36 unter XIV); das neuere

G. ist gegenüber dem älteren, das nur Gefängnisstr. kannte, i. S. des § 2 Abs. 2 das mildere. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 319.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung bei den qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. § 75[13] (F. v. 5. Juni 05).

§. 317.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig den Betrieb einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage dadurch verhindert oder gefährdet, daß er Theile oder Zubehörungen derselben beschädigt oder Veränderungen daran vornimmt, wird mit Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

PrStGB. §§ 296, 297. Entw. I §§ 297, 298, II § 314. StB. S. 742. Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. II. Aktenst. 1890/91 Nr. 36, 242. StB. 1890/91 S. 1968 ff.

Vgl. §§ 318 a, 319.

Zu §§ 317, 318, 318a. N. 1—5.

1) Die Delikte gegen Telegraphenanlagen (§ 315 N. 1) sind nach der Fassung, die der §. zufolge G. v. 13. Mai 1891 erhalten hat, nicht mehr, wie früher, lediglich Verletzungs-, sondern zugleich auch Gefährdungsdelikte; denn sowohl die „Verhinderung" wie die „Gefährdung" des Betriebes einer Telegraphenanlage fällt unter den Tatbestand der §§ 317, 318, deren Inhalt übrigens in analoger Weise angeordnet ist, wie derjenige der §§ 315, 316; vgl. deshalb § 315 N. 2₂.

2) Das Wesen des Telegraphen besteht darin, daß er einen an einem Orte zum sinnlichen Ausdruck gebrachten Gedanken an einem anderen wahrnehmbar wiedererzeugt, ohne daß die Beförderung des körperlichen Trägers der Nachricht von Ort zu Ort erfolgt; so im wesentlichen die GM., insbs. RG. II 20. Sept. 81, III 28. Feb. 89, E. **4** 406, **19** 55. Hiernach gehören einerseits Fernsprechanlagen zu den Telegraphenanlagen (so auch nach § 1 des G. über das RTelegraphenwesen v. 6. April 1892, auf das RG. II 10. Dez. 96 E. **29** 244 bei der Erörterung des objektiven Tatbestandes Bezug nimmt), während andererseits Rohrpostanlagen begrifflich nicht darunter fallen; Dambach Telegraphenstrafr. S. 6 f. Der Abs. 2 des durch G. v. 13. Mai 1891 eingeschalteten § 318 a spricht jenes zur Vermeidung aller Zweifel ausdrücklich aus (vgl. jedoch Köhler SeuffBl. **69** 287, insbs. N. 1), während Abs. 1, um auch die Rohrpostanlagen ihrer Wichtigkeit wegen in gleicher Weise, wie die Telegraphenanlagen, mit strafrechtlichem Schutze gegen Beschädigungen auszustatten, die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 317, 318 auf die Verhinderung o. Gefährdung des Betriebes der zu öffentl. Zwecken dienenden „Rohrpostanlagen" verordnet.

Die Anwendung der Elektrizität ist nicht das Entscheidende, weshalb auch optische Telegraphenanlagen, wie sie unter besonderen Verhältnissen noch vorkommen, an sich von dem Schutze der §§ 317, 318 nicht ausgeschlossen sind; so auch Fuld GS. **36** 207.

3) Nur eine „zu öffentlichen Zwecken dienende Telegraphenanlage" kommt als Objekt der Delikte aus §§ 317, 318 in Betracht; vgl. Binding Lb. **2** 49, der mit Rücksicht auf Art. 1 des Internat. Vertr. z. Schutze unterseeischer Telegraphenkabel v. 14. März 1884 (RGBl. 88 S. 151) noch das Erfordernis der „Rechtmäßigkeit" der Anlage aufstellt. Daß dies vor allem solche Anlagen sind, die zum öffentlichen Gebrauche bestimmt, somit dem Publikum zugänglich sind (vgl. § 304 N. 2 f.), kann nicht zweifelhaft sein; mit Recht hat RG. I 10. Dez. 96 E. **29** 244 dahin auch eine an eine solche öffentl. Anlage angeschlossene Privatanlage gerechnet, da diese insofern gleichfalls dem Publikum dient, als jedermann mit dem Privaten vermittels seines Anschlusses in Verkehr treten kann; ebenso: Binding aO. 50 N. 1, Köhler SeuffBl. **69** 284. Daraus aber, daß das Gesetz nicht die Ausdrucksweise des Entw. eines Bremischen StG. v. 1868 § 500, der von zum öffentl. Gebrauch bestimmten Telegraphenanstalten spricht (vgl. Motive), wiederholte, auch nicht die Bezeichnung „öffentl. Telegraphenanlagen" gewählt hat, geht hervor, daß nicht bloß die der Benutzung des Publikums offenstehenden Telegraphenanlagen gemeint sind, sondern in

weiterer Ausdehnung alle — möglicherweise in Privateigentum stehenden (RG. zit. E. 29 244, I 15. Apr. 01 E. 34 249, III 2. Nov. 03 G. 51 50, Berner S. 645, v. Liszt S. 500, H. Meyer S. 701, Schütze S. 520 N. 5, Frank N. III) — Telegraphenanlagen, die dem Interesse der Allgemeinheit dienen, also auch diejenigen, die zur Benutzung in öffentl. Angelegenheiten dienen, ohne dem Publikum geöffnet zu sein; so: zit. RG. G. 51 50 (Fernsprechanlage einer im Eigentum einer AG. stehenden Straßenbahn), Binding aO. 49, Geyer 2 116, Hälschner 2 649, Meves § 319 N. 2 A. 2 u. HH. 3 1002 (btr. § 355), H. Meyer aO., Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 1, Rüd.-St. N. 1; im wesentlichen auch Dambach Telegraphenstrafr. S. 39 (alle Reichs-, Staats- u. Eisenbahntelegraphen, die dem Gebrauche durch das Publikum gewidmet seien, alle Eisenbahnbetriebstelegraphen sowie alle sonstigen unmittelbar dem Nutzen u. Interesse des Publikums dienenden Telegraphen); aM.: Schaper HH. 3 894 N. 1, v. Schwarze N. 4. Nachdem durch G. vom 13. Mai 1891, in Übereinstimmung mit dem übrigens in dieser Beziehung ohne Begründung gebliebenen Bundesratsentwurf, der früher gebrauchte Ausdruck „Telegraphenanstalten" durch „Telegraphenanlagen" ersetzt worden, sind auch solche lediglich den inneren Dienst in öffentl. Gebäuden (z. B. Ministerien) vermittelnden Anlagen durch die Vorschriften der §§ 317 f. als geschützt zu erachten; aM.: Binding aO. 50 N. 1, Dambach aO. 34, 39, eine materielle Änderung in betreff des Umfanges des Schutzes sei mit der Wortänderung nicht beabsichtigt.

Wg. der im Auslande befindlichen Telegraphenanlagen vgl. § 4 N. 16_2.

4) Die Handlung selbst besteht in der Verhinderung oder Gefährdung des Betriebes einer Telegraphen-(Rohrpost-)anlage. Wegen der Verhinderung 2c. des „Betriebes", welcher letztere Ausdruck an Stelle des früheren „Benutzung der Anstalt" trat, vgl. die entsprechende Ausführung § 315 N. 7; im übrigen vgl. wg. Betriebsverhinderung: RG. III 12. Dez. 92 G. 40 336 (die V. der Betriebes erfordere nichts weiter, als V. der Möglichkeit bestimmungsgemäßer Benutzung); wg. Betriebsgefährdung vgl. §§ 52 N. 7, 315 N. 6, insbs. das das. und o. N. 3 zit. RG. E. 29 244.

Während früher von einer Aufzählung der „verhindernden 2c." Hdlgen abgesehen war, was zur Folge hatte, daß auch die Verhinderung der bei einer Telegraphenanlage angestellten Personen unter den Tatbestand fiel, ist jetzt im Gesetze zum Ausdruck gebracht, daß die Verhinderung 2c. „dadurch" hervorgebracht sein müsse, daß „Teile o. Zubehörungen der Anlage beschädigt oder Veränderungen daran vorgenommen sind"; hiernach muß jetzt notwendig die Anlage als solche das unmittelbare Angriffsobjekt der Hdlg. bilden; Binding Lb. 2 48, 51 N. 3, Frank N. IV. Soweit „Beschädigungen" in Frage kommen, schließt § 317 (bzw. § 318a) den Tatbestd. der Sachbeschädigg., insbs. den § 304, wg. Gesetzeskonk. aus; RG. I 15. Apr. 01 E. 34 249; nach Binding Lb. 2 51 soll Konsumtion des „Restes der Sachbeschädgg." eintreten, soweit nicht § 305 einschlage, in welchem Falle Konk. anzunehmen sein dürfte. Wg. des Begriffes „Vornahme von Veränderungen" vgl. RG. II 12. Jan. 04 E. 37 53.

5) Nach Maßgabe der N. 3 behandeln die §§ 317—318a die Materie der gegen Telegraphenanlagen selbst — objektiv — gerichteten Hdlgen, die meist als Sachbeschdggen (N. 4_2) sich darstellen werden; landesrechtliche Vorschriften, die Telegraphenanlagen in derselben Richtung zu schützen suchten, sind nach EG. § 2_1 für aufgehoben zu erachten, selbst auch insoweit, als sie auf Telegraphenanlagen sich beziehen sollten, die nicht zu öffentl. Zwecken dienen; denn der Inhalt jener §§. zeigt, daß nach dem Willen des Gesetzgebers nur die zu öffentl. Zwecken dienenden Telegraphenanlagen einen besonderen Schutz gegen Hdlgen der oben bezeichneten Art genießen sollen, während im übrigen die allg. Vorschriften, namentl. die §§ 303—305, für ausreichend erachtet worden sind; Oppenh.-D. N. 7, Dambach Telegraphenstrafr. S. 58. Dagegen sind, soweit nicht die Bestimmungen des G. über das RTelegraphenwesen v. 6. Apr. 1892, insbs. §§ 9, 10 platzgreifen, nach EG. § 2_2 in Kraft verblieben die besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts, die außerhalb jener Materie die Telegraphie zum Gegenstande haben; Dambach aO. 59.

Zu § 317. N. 6, 7.

6) Aus der jetzigen Wortfassung des §. folgt ohne weiteres, daß die unter Strafe

gestellten Handlungen der „Verhinderung" oder „Gefährdung" selbst — und nicht bloß die „Beschädigung" oder „Änderung" — „vorsätzlich", wenn auch nur mit eventuellem Dolus (§ 59 N. 6), vorgenommen sein müssen, wodurch ein Zweifel gehoben ist, zu dem die frühere Fassung des Gesetzes Anlaß gab; RG. I 28. Jan. 92 E. **22** 393.

Die an sich überflüssige Hinzufügung des Wortes „rechtswidrig" erfolgte auf Beschluß der Kommission, in der sie als „unerläßlich, auch dem System des StGB. nicht widersprechend" bezeichnet wurde.

7) Die Hauptstrafe ist Gef. v. 1 Mt.—3 J. (§ 16). Wg. einer Nebenstr. vgl. § 319.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 318.

Wer fahrlässigerweise durch eine der vorbezeichneten Handlungen den Betrieb einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage verhindert oder gefährdet, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft die zur Beaufsichtigung und Bedienung der Telegraphenanlagen und ihrer Zubehörungen angestellten Personen, wenn sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten den Betrieb verhindern oder gefährden.

PrStGB. § 298. Entw. I § 299, II § 315. StB. S. 742.
Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. II. Aktenst. 1890/91 Nr. 36.
Vgl. §§ 318a, 319.

1) Der Tatbestand des Absatzes 1 (vgl. im allg. § 317 N. 1—5) ist dem des § 317 völlig gleich, abgesehen davon, daß die die Benutzung der Telegraphenanlage verhindernden rc. Hdlgen nicht vorsätzlich, sondern fahrlässigerweise (§ 59 N. 17) begangen sein müssen; dem steht jedoch nicht entgegen, daß die „Handlung" als solche vorsätzlich begangen wurde, wenn nur ihr Erfolg — die Verhinderung rc. — außerhalb des Vorsatzes lag (vgl. einerseits § 316 N. 1, andererseits jedoch § 317 N. 6); Binding Lb. **2** 51, v. Liszt S. 501. Insbs. kann der Tatbestand des Abs. 1 vorliegen bei vorsätzlichem Handeln in fahrlässiger Unkenntnis darüber, daß die Hdlg. gerade gegen eine Telegraphenanlage sich richte (§ 59₂); Rubo N. 2, v. Prittwitz G. **30** 165.

Mit den vorsätzl. Verg. aus §§ 303 o. 304 ist Idealkonk. (§ 73) denkbar; RG. III 1. Feb. 92 G. **39** 425, Binding Lb. **2** 52.

2) Wegen des Tatbestandes des Absatzes 2 vgl. die auch hier entsprechende Anwendung findenden N. 3—7 zum vorbildlichen § 316₂.

Wegen der Dienstpflichten vgl. namentl. die TelegraphenO. f. d. DR. v. 16. Juni 1904.

3) Die Hauptstrafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3—900 M. (§ 27); wegen „Gleiche Strafe trifft" im Abs. 2 vgl. § 49a N. 21₂. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 319.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. § 75¹³ (F. v. 5. Juni 05).

§. 318a.

Die Vorschriften in den §§. 317 und 318 finden gleichmäßig Anwendung auf die Verhinderung oder Gefährdung des Betriebes der zu öffentlichen Zwecken dienenden Rohrpostanlagen.

Unter Telegraphenanlagen im Sinne der §§. 317 und 318 sind Fernsprechanlagen mitbegriffen.

Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. III. Aktenst. 1890/91 Nr. 36, 242. StB. 1890/91 S. 1968 ff.

1) Wegen der Bedeutung dieser durch G. v. 13. Mai 1891 veranlaßten Einschaltung vgl. § 317 N. 2 sowie Köhler SeuffBl. **69** 286 f., wegen ihrer Tragweite auch die §§ 319 N. 1, 320 N. 4.

§. 319.

Wird einer der in den §§. 316 und 318 erwähnten Angestellten wegen einer der in den §§. 315 bis 318 bezeichneten Handlungen verurtheilt, so kann derselbe zugleich für unfähig zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste erklärt werden.

PrStGB. § 299. Entw. I § 300, II § 316. Aktenst. Nr. 92. Entw. d. StGN. Art. I § 319. Aktenst. 1875/76 Nr. 54.

1) Nach Beseitigung eines Redaktionsfehlers durch die StGN. spricht § 319 für alle Fälle der §§ 315—318 die Zulässigkeit einer Nebenstrafe (T. I Abschn. 1 N. 3b Nr. 3) eigentümlicher Art aus; vgl. § 35 N. 1, 7. Wg. Verhinderung o. Gefährdung einer Rohrpostanlage (§ 318a Abs. 1) kann die Nebenstr. nicht verhängt werden; infolge eines Redaktionsversehens ist die entsprechende Abänderung des § 319 nach Einschaltung des § 318a unterblieben; somit ist die Nebenstr. auch nicht anwendbar gg. Personen, die etwa ausschließlich im Rohrpostdienst angestellt sein sollten; Binding Lb. **2** 53, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, 3, Dambach Telegraphenstrafr. S. 57; abweichend d. früheren Aufl. d. Komm.

Über ihre Anwendbarkeit im Falle einer Idealkonkurrenz einer der im § 319 bezeichneten strafb. Hdlgen mit einer anderen strafb. Hdlg. vgl. § 73 N. 31.

2) Der Gesetzgeber hat es für genügend erachtet: „wenn Eisenbahnbeamte rücksichtlich des Eisenbahndienstes, Telegraphenbeamte nur rücksichtlich dieses Dienstes (bzw. nach dem RTbeschlusse nur in bestimmten Zweigen eines dieser Dienste) für unfähig erklärt werden dürfen"; so die Motive. Die Unfähigkeit zur Beschäftigung im Eisenbahn- und Telegraphendienste darf daher nur bei Konkurrenz von Delikten gegen eine Eisenbahn und gegen eine Telegraphenanlage ausgesprochen werden; so auch Eger Preuß. Eisenbahnr. **2** 194, unter Ziehung der Folge, daß deshalb bei Eisenbahnbediensteten auseinandergehalten werden müsse, ob das Delikt den Eisenbahn- o. den Telegraphen-Betriebsdienst betreffe; vgl. jedoch Supper Eisenbahnstrafr. S. 59. Wegen Verhängung der Nebenstrafe, die auf eine bestimmte Zeitdauer nicht beschränkt werden kann (so die GM.), im Falle konkurrierender Delikte gegen eine Eisenbahn- o. gegen eine Telegraphenanlage ist deshalb lediglich § 76 N. 3_2 zu vergleichen.

3) Der Eisenbahn- ꝛc. Dienst umfaßt alle seine Zweige, auch soweit sie nicht im Abs. 2 des § 316 (bzw. § 318) bezeichnet sind; so: Meves N. 4, 5 u. GS. **26** 149, Dambach Telegraphenstrafr. S. 56, Supper Eisenbahnstr. S. 28; aM. Oppenh.-D. N. 3; eine Mittelmeinung vertritt Eger Preuß. Eisenbahnr. **2** 193 N. 200, es stehe nur der Betriebsdienst, dieser aber in allen seinen Teilen, in Frage; so auch wohl Schrötter Preuß. Eisenbahnr. S. 249 N. 18.

Übrigens ist in den zitierten Gesetzesstellen nicht etwa bloß ein, sondern es sind daselbst drei „Zweige" des Dienstes bezeichnet, so daß die Unfähigkeit wegen eines jeden einzelnen dieser Zweige ausgesprochen werden kann; Meves N. 6 u. GS. aO.

§. 320.

Die Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft, sowie die Vorsteher einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt, welche nicht sofort nach Mittheilung des rechtskräftigen Erkenntnisses die Entfernung des Verurtheilten bewirken, werden mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher für unfähig zum Eisenbahn- oder Telegraphendienste erklärt worden ist, wenn er sich nachher bei einer Eisenbahn oder Telegraphenanstalt wieder anstellen läßt, sowie diejenigen, welche ihn wieder angestellt haben, obgleich ihnen die erfolgte Unfähigkeitserklärung bekannt war.

PrStGB. § 300. Entw. I § 301, II § 317.

1) Die Strafbestimmungen des § 320 dienen der Durchführung des § 319 und zwar nach der erforderlichen doppelten Richtung, indem Abs. 1 die Entfernung des nach Maßgabe des § 319 für unfähig Erklärten zu sichern, Abs. 2 aber die Wiederanstellung eines solchen zu verhindern sucht.

2) Nach Absatz 1 kommen als Subjekte des Verg. nur in Betracht „die Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft", nicht die einer jeden „Eisenbahnverwaltung", insbs. einer staatlichen; wenn daneben „die Vorsteher einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt" — hier ist der Ausdruck mit Recht beibehalten und nicht durch „Telegraphenanlage" ersetzt (vgl. § 317 N. 3) — benannt sind, also auch diejenigen einer staatlichen, so beruht die Verschiedenheit auf einem Redaktionsfehler, der dadurch hervorgerufen ist, daß in den §§ 317, 318 an Stelle der im PrStGB. §§ 296, 298 hervorgehobenen „Telegraphenanstalt des Staates oder einer Eisenbahngesellschaft" der einheitliche Begriff einer „zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt" getreten ist; während nun Abs. 1 des PrStGB. § 300 lediglich „die Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft sowie die Vorsteher der Telegraphenanstalt einer Eisenbahngesellschaft" bedrohte, folglich bei allen Vorstehern einer derartigen Staatsanstalt als Beamten eine Disziplinarbestrafung für ausreichend erachtete, wurde im RStGB. § 320₁ dieser Gesichtspunkt zwar bezüglich der Vorsteher von Eisenbahnverwaltungen beibehalten, dagegen bezüglich derjenigen von Telegraphenanstalten durch Aufnahme jenes allg. Ausdrucks („eine zu öffentlichen Zwecken dienende Telegraphenanstalt") in offenbar nicht beabsichtigter Weise verwischt. Die Folge dieser Ungenauigkeit ist die, daß wegen der im Abs. 1 bezeichneten Unterlassung die Vorsteher staatlicher Eisenbahnen bloß disziplinarer, dagegen die Vorsteher staatlicher Telegraphenanstalten (dsgl. die Vorsteher unter staatlicher Verwaltung stehender Eisenbahngesellschaften) krimineller Bestrafung unterliegen; so: Frank N. zu § 320, Rubo N. 1, Schrötter Preuß. Eisenbahnr. S. 249 N. 19; anders die GM., die § 320₁ auch auf die Vorsteher einer Staatseisenbahn anwendet, während Oppenh.-O. N. 1 u. Endemann Eisenbahnr. S. 733 umgekehrt selbst die Vorsteher staatlicher Telegraphenanstalten nur disziplinarisch strafen wollen.

3) Das Delikt aus Abs. 1 ist ein echtes Unterlassungsdelikt (§ 1 N. 3b), indem dem auf Entfernung des Verurteilten — wenn auch nur an einen beschränkten Kreis (vgl. §§ 322 N. 2b, 346 N. 2a, 357 N. 3c) — gerichteten Gebote entgegen gehandelt wird; so: Aldosser Unterlassungsdel. S. 131, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 312, Eger Preuß. Eisenbahnr. 2 196; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 381, 417. Es kommt deshalb (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4₂) für den Tatbestand nicht darauf an, ob die Entfernung vorsätzlicher- oder fahrlässigerweise nicht bewirkt wurde; so: Oppenh.-O. N. 3, Bruck Fahrlässigkt. S. 50, Eger aO.; aM. Binding Lb. 2 53.

Die „Entfernung" ist zu bewirken, sofort nach der — nach Maßgabe der bestehenden Dienstvorschriften erfolgten, nicht privaten — „Mitteilung" des auf die Nebenstr. aus § 319 lautenden „rechtskräftigen" (§ 30 N. 2) „Erkenntnisses", d. h. Urteils i. S. der StPO.; Eger aO.

4) Absatz 2 richtet sich einmal gegen die „für unfähig zum Eisenbahn- oder Telegraphendienste" „Erklärten" (vgl. § 361¹·²), dann „gegen diejenigen, welche wissentlich einen für unfähig Erklärten wieder angestellt haben". Die Strafandrohung trifft sonach nicht den, der nur in einem bestimmten Zweige jener Dienste für unfähig erklärt ist und trotzdem wieder in demselben Zweige sich beschäftigen läßt, noch auch den, der einen solchen trotz ihm bekannter teilweiser Unfähigkeitserklä-

rung dennoch in dem betreffenden Zweige wieder beschäftigt. Auch hier liegt lediglich ein Redaktionsversehen zugrunde, indem nicht beachtet wurde, daß nach § 319, abweichend vom PrStGB. § 299, die Unfähigkeitserklärung infolge eines RTbeschlusses auch nur auf bestimmte Zweige des Eisenbahn- 2c. Dienstes sich erstrecken darf. So Rubo N. 7. AM.: Binding Lb. 2 53, Geyer 2 117, v. Liszt S. 501, H. Meyer S. 700, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 1, Meves GS. 26 252, Eger Preuß. Eisenbahnr. 2 197, Schrötter Preuß. Eisenbahnr. S. 249 N. 20, die eine durch einen nachweisbaren Redaktionsfehler entstandene Lücke im Wege der Analogie ergänzen wollen; insbs. bemerkt Binding aO. N. 1, die Unfähigkt. des G. sei sowohl eine gänzliche, als auch eine teilweise, woraus die zweideutigen Worte des Abs. 2 erklärend auszulegen seien.

5) Die Strafe (wegen „Gleiche Strafe trifft" im Abs. 2 vgl. § 49a N. 21_2) ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T.—3 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht, gemäß $§ 28_2$ (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden; die ev. an die Stelle tretende Gefängnisstr. darf nach $§ 29_2$ nicht mehr als 3 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt nach $§ 67_3$ in drei Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[1] u. § 75[14] (F. v. 5. Juni 05).

§. 321.

Wer vorsätzlich Wasserleitungen, Schleusen, Wehre, Deiche, Dämme oder andere Wasserbauten, oder Brücken, Fähren, Wege oder Schutzwehre, oder dem Bergwerksbetriebe dienende Vorrichtungen zur Wasserhaltung, zur Wetterführung oder zum Ein- und Ausfahren der Arbeiter zerstört oder beschädigt, oder in schiffbaren Strömen, Flüssen oder Kanälen das Fahrwasser stört und durch eine dieser Handlungen Gefahr für das Leben oder die Gesundheit Anderer herbeiführt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Ist durch eine dieser Handlungen eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren ein.

PrStGB. § 301 Abs. 1, 2. Entw. I § 302 Abs. 1, 2, II § 318. Entw. d. StGN. Art. I § 321. Aktenst. 1875/76 Nr. 54.

Vgl. §§ 325, 326.

Zu §§ 321—324, 326. N. 1.

1) Den vorsätzlichen Delikten, deren Tatbestand in den §§ 321—324 aufgestellt wird, treten fahrlässige nach § 326 entsprechend zur Seite; deren Tatbestand liegt aber nicht schon vor, sobald „eine der in den §§ 321—324 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden" ist, sondern es muß vielmehr noch hinzukommen, daß „durch die Handlung ein Schaden verursacht wurde". Dieser Umstand fällt auch für die Beurteilung des Tatbestandes der Verbrechen, namentl. hinsichtlich des Dolus, nicht unwesentlich ins Gewicht (vgl. N. 8).

Zu § 321. N. 2—13.

2) Der § 321 umfaßt verschiedene kumulative Mischtatbestände (vgl. Wertheimer Mischgesetze S. 64 f., der vier selbständige Tatbestände annimmt), die in Rücksicht auf die erforderlichen vorsätzlichen Verletzungshdlgen wesentlich nach zwei Richtungen auseinandergehen (N. 3, 4). In allen Fällen ist gleichmäßig notwendig, daß durch eine jener Hdlgen eine bestimmte Folge, eine Gefährdung näher bezeichneter Art, herbeigeführt sei (N. 6, 7).

3) Die erste Reihe der Mischtatbestände verlangt ein vorsätzl. „Zerstören o. Beschädigen" (§ 303 N. 3, 4 f.). Als Objekte dieser Hdlgen kommen jedoch nur in Betracht:

a) „Wasserbauten", unter denen „Wasserleitungen, Schleusen, Wehre, Deiche und Dämme" besonders hervorgehoben werden.

b) „Brücken, Fähren, Wege und Schutzwehre"; daß sie öffentliche seien, wird

nicht erfordert; so die GM., speziell btr. der „Wege" RG. IV 13. Mai 90 E. 20 393. Unter letzteren sind übrigens Land- u. Wasserwege zu verstehen; Berner S. 647, Rüd.-St. N. 3; bedenklich btr. der Wasserwege Frank N. I 4. Keineswegs kommen hier, wie im § 305, nur „gebaute Straßen" in Betracht, weshalb auch beispielsweise Leinpfade darunter zu verstehen sind; Frank aO., Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 2. Gleichgültig ist ferner an sich, ob der Weg ein rechtmäßig oder nur ein tatsächlich bestehender (ein sog. Notweg) ist; RG. IV 20. Sept. 95 E. 27 363, H. Meyer S. 703, Frank aO.; dagegen jedoch Binding Lb. 2 64 N. 3. Deshalb konnte auch der Tatbestand für vorliegend erachtet werden bei einem über die Eisdecke eines Flusses führenden, durch die Passage der Bewohner einer anliegenden Stadt in äußerlich sichtbarer Weise hergestellten Wege; Dresden 7. Juni 75 St. 6 42. Es wird dabei freilich in Betracht kommen, daß ein Weg, der gegen das bestehende Besitzrecht eines Dritten lediglich tatsächlich durch den Verkehr des Publikums entstanden ist, durch äußerlich sichtbare Vorkehrungen des Berechtigten jederzeit tatsächlich wieder beseitigt werden kann; aber auch diese Berechtigung findet ihre Grenze in der Norm des § 321 selbst, weshalb die Beseitigung nicht in einer, Gefahr für das Leben o. Gesundheit anderer herbeiführenden, Beschädigg. des Weges bestehen darf; zit. RG. E. 27 363.

c) „Dem Bergwerksbetriebe dienende Vorrichtungen", sei es „zur Wasserhaltung" oder „zur Wetterführung" oder „zum Aus- und Einfahren der Arbeiter".

Aus dem Begriff der Beschädigung bzw. Zerstörung (§ 303 N. 4) folgt, daß es in allen Fällen um die Verletzung der Substanz eines der bezeichneten Objekte sich handeln muß, so daß z. B. die Versperrung eines Weges durch Überlegen von Baumstämmen nicht genügt; Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 1. Die Substanzverletzung wird freilich unter Umständen auch angenommen werden können, wenn dem vorhandenen Werke, namentl. einem Wasserbau, Vorrichtungen hinzugefügt werden; Meves N. 6.

4) Die zweite Reihe der Mischtatbestände verlangt ein vorsätzliches „Stören des Fahrwassers". Unter letzterem ist der zum Fahren benutzte Teil eines Gewässers, d. h. derjenige Teil zu verstehen, in dem der Fahrende sein Fahrzeug halten muß, um nicht auf Untiefen o. sonstige Hindernisse zu geraten; die Ausdehnung des Fahrwassers wechselt je nach der Jahreszeit; RG. II 18. Sept. 88 E. 18 85, Binding Lb. 2 56, Meves N. 8 u. StrZ. 14 376, Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 4. Eine „Störung" des Fahrwassers tritt ein, sobald seine Beschaffenheit in den Beziehungen eine Änderung, sei es in der Tiefe oder in der Art, namentl. der Richtung, der Strömung, erleidet, die hinsichtlich seiner Benutzung für die Schiffahrt von Bedeutung sind; zit. RG. E. 18 85 (deshalb den Tatbestand verneinend beim bloßen Befahren des Flusses, selbst wenn infolge unrichtiger Lenkung ein anderes Schiff an der Benutzung des Fahrwassers zeitweise behindert wird), Frank N. II, Meves N. 9 u. StrZ. aO., Oppenh.-D. aO.

Aber nicht die Störung des Fahrwassers in einer jeden Wasserstraße kommt für den Tatbestand des § 321 in Betracht, sondern nur, wenn sie in „Strömen, Flüssen oder Kanälen", soweit diese „schiffbar" sind, erfolgt; Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 2. Hiernach bezieht dieser Mischtatbestand sich weder auf Binnengewässer, wie Haffe u. Landseen, noch auf Hafeneingänge (Meves N. 7, Oppenh.-D. N. 6), noch auf Ströme 2c., die nur „flößbar", nicht aber „schiffbar" sind; zit. RG. E. 18 85, Binding Lb. 2 57, Frank N. I 2, Meves N. 7, Oppenh.-D. aO.

Durch diesen Mischtatbestand des § 321 sind übrigens die wasserpolizeilichen Vorschriften älterer Landesgesetze nicht außer Kraft gesetzt; vgl. § 312 N. 1₂.

5) Für beide Fälle (N. 3, 4) ist es gleichgültig, ob das Objekt der Hdlg. für den Täter eine fremde Sache ist oder in seinem Eigentum steht; so die GM. insbs. Dresden 4. März 72, 31. Mai 78, St. 1 308, 8 290.

6) „Durch eine dieser (N. 3—5 charakterisierten) Handlungen" muß eine näher bestimmte „Gefahr herbeigeführt", d. h. eine Gefährdung (§ 315 N. 6) verursacht worden sein (vgl. die §§ 309 N. 2, 312 N. 3 im Hinblick auf Abs. 2 des § 321); aM.: Meves

N. 13 u. StrZ. 13 378, v. Schwarze §§ 312 f. N. 4, „verursachen" sei in dieser Richtung für zu speziell erachtet und deshalb durch „herbeiführen" ersetzt worden, Siebenhaar Z. StrW. 4 287. Im übrigen vgl. N. 8.

7) Die Gefahr muß „für das Leben oder die Gesundheit" (§ 223 N. 5) „anderer" herbeigeführt sein. Einer „gemeinen Gefahr" in dem § 312 N. 4 erläuterten S. bedarf es somit nicht; so die GM., insbs. Dresden 7. Juni 75, 31. Mai 78, St. 6 42, 8 290, v. Liszt S. 502; aM.: Hälschner 2 653, Siebenhaar ZStrW. 4 286 (s. o. Abschn. 27 N. 1_3); vgl. auch Schaper HH. 3 902, da es um Gegenstände des allg. Nutzens und Gebrauchs sich handle, so liege in der Gefährdung jedes einzelnen zugleich die, wenn auch nicht gleichzeitige, Gefährdung unbestimmt vieler anderer. Dagegen fordert § 321 im Anschluß an das PrStGB. § 301 eine Gefährdung „anderer" und nicht bloß, wie § 323, „eines anderen"; man wird deshalb und mit Rücksicht auf die Stellung des § 321 im Abschn. 27, der die Vermutung für einen größeren Umfang der „Gefährdung" nahe legt, nicht annehmen dürfen, daß der Gesetzgeber hier, wie an anderen Stellen (vgl. z. B. § 110 N. 14), der Mehrzahl lediglich statt der Einzahl sich bedient habe, vielmehr die Gefährdung mehrerer Personen an Leben oder Gesundheit verlangen müssen; so Rubo N. 6; aM.: Binding Lb. 2 56, Hälschner 2 653, Meves N. 11 u. StrZ. 13 377, Oppenh.-D. N. 9, Rüb.-St. N. 1, v. Schwarze N. 5. Der von Meves aus dem nur den Tod eines Menschen erfordernden Abs. 2 entnommene Beweisgrund ist keinesfalls stichhaltig, da es nicht um bloße Gefährdung, sondern um einen verursachten Schaden sich handelt.

Darauf, ob die „Gefährdeten" ein Recht auf die Benutzung des Weges 2c. hatten oder nicht, kommt nichts an; Dresden 31. Mai 78 St. 8 290, Schaper HH. 3 902 N. 2, Oppenh.-D. N. 9, Rüb.-St. N. 6.

Das Gesetz unterscheidet auch nicht, zu welchem Zwecke die gefährdeten Personen auf dem Wege oder auf bzw. in dem Wasser sich befinden; es genügt deshalb, wenn irgendwelche Personen gefährdet wurden; aM. Binding aO. sowie Meves StrZ. 13 378, der btr. der Wasserwege ausführt, der Schutz des Gesetzes werde, wie aus dem Begriffe „Fahrwasser" folge, nur dem zur Schiffahrt (nicht z. B. zum Baden) benutzten Gewässer gewährt.

8) Bezüglich des Dolus wird überwiegend, insbs. von: RG. IV 13. Mai 90, 20. Sept. 95, 7. Jan. 02, E. 20 393, 27 363, 35 53, Hälschner 2 653, v. Liszt S. 502 u. Frank N. 11, angenommen, daß er auch auf die Gefährdung sich erstrecken müsse. Dies erscheint jedoch nicht richtig; zunächst wird sie durch die grammatikalische Konstruktion nicht gerechtfertigt, denn das „vorsätzlich" bezieht sich, abweichend vom § 315_1 (das. N. 11) und vom § 317_1 (das. N. 6), nur auf den ersten Satz des § 321, d. h. nur auf eine der dort bezeichneten Hdlgen; daß durch eine derselben eine Gefahr herbeigeführt sein muß, wird durch die Partikel „und" derartig angeknüpft, daß schon der Satzbau selbst erkennen läßt, der Gesetzgeber habe nur die objektive Folge im Auge, gleichgültig, ob sie beabsichtigt war oder nicht; es hätte nach dem Worte „stört" gerade so gut fortgefahren werden können; „wird, wenn durch eine dieser Handlungen Gefahr .. herbeigeführt wurde, mit Gefängnis .. bestraft". Diese Auffassung findet ihre innere Bestätigung durch den § 326; dieser setzt zunächst ausweislich seiner Eingangsworte im übrigen völlig den Tatbestand des § 321 voraus, abgesehen davon, daß eine „der im § 321 bezeichneten Handlungen" aus Fahrlässigkeit, also nicht vorsätzlich, begangen worden sein muß; die Gefährdung für das Leben oder die Gesundheit anderer wird auch hier vorausgesetzt; dazu muß aber als Erfordernis ferner noch treten, daß „durch die Handlung ein Schaden verursacht ist". Erstreckte sich nun im Falle des § 321 der Vorsatz auch auf die Gefährdung, so würde die vorsätzliche Vornahme einer der im § 321 bezeichneten Hdlgen, welche unbeabsichtigterweise eine Gefährdung anderer herbeiführte, nicht aber zugleich einen Schaden verursachte, weder aus § 321 noch aus § 326, d. h. überhaupt nicht als eigentümliches Delikt, strafbar sein; nach dem gesamten Aufbau der §§ 321—326 kann der Gesetzgeber dies nicht beabsichtigt haben; jene Hdlg. ist aber auch aus § 321 strafbar, sobald man die Gefährdung nur als objektives Erfordernis ansieht; so Rüb.-St. N. 7 u. anscheinend auch v. Buri Kausalität

S. 64, die Strafe hätte durch das Vorhandensein von dolus und culpa bedingt sein sollen; auch Binding Lb. 2 57, insbs. N. 8 nach ursprünglich abweichender Ansicht.

Nach der oben vertretenen Auffassung muß aber, mit Binding Normen 2 487 u. Rüd.-St. aO.. um so mehr daran festgehalten werden, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als generelles Merkmal des Dolus auch hier erforderlich sei (vgl. § 315 N. 11_1).

9) Wegen der im Absatz 2 hervorgehobenen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, die das Verg. zum Verbr. erheben, vgl. §§ 221 N. 11, 315 N. 12. Die „Unmittelbarkeit" der Verursachung ist hiernach nicht Erfordernis; Meves N. 17.

10) Der Versuch des Verg. ist nicht für strafbar erklärt (§ 43_2), möglicherweise aber als versuchte oder vollendete Sachbeschdgg. strafbar; RG. III 13. Juli 82 R. 4 692, v. Buri Kausalität S. 64.

Ein nach § 43 strafb. Versuch des Verbrechens ist denkbar, weil die schwere Körperverltzg. 2c. einer einzelnen Person durch eine der im Abs. 1 bezeichneten Hdlgen herbeigeführt sein kann, ohne daß eine Mehrheit von Personen (N. 7) gefährdet wurde; vgl. § 220 N. 5.

11) Das Delikt aus § 321 kann in Idealkonkurrenz (§ 73) treten namentlich:

a. mit dem Verg. aus § 304, wenn der zerstörte Damm, Weg 2c. „zum öffentlichen Nutzen" diente; vgl. das. N. 2 f;

b. mit dem Verg. aus § 305, wenn der zerstörte Damm oder ein anderes im § 321 bezeichnetes „Bauwerk" fremdes Eigentum sind;

c. mit den Verbr. aus §§ 312 ff.; so: Schaper HH. 3 902, Frank N. III, Siebenhaar ZStrW. 4 287, während Berner S. 647 ev. die §§ 312 ff. ausschließlich anwenden will.

12) Die Strafe des Vergehens ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16).

Die Hauptstr. des vollendeten Verbrechens ist Zuchthaus (§ 14_1), und zwar des leichteren von 1—5 J., des schwereren von 5—15 J.; als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VbER.; b. nach § 325 ZulPolAuff. Der Versuch (N. 10_2) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

13) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 beim Verg. in fünf, nach § 67_1 beim leichteren Verbr. in zehn, beim schwereren in funfzehn Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung der Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist:

wegen des Verg. u. des Verbr. aus Abs. 2 S. 1: Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27; 73^2;
wegen des Verbr. aus Abs. 2 S. 2: SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 322.

Wer vorsätzlich ein zur Sicherung der Schifffahrt bestimmtes Feuerzeichen oder ein anderes zu diesem Zwecke aufgestelltes Zeichen zerstört, wegschafft oder unbrauchbar macht, oder ein solches Feuerzeichen auslöscht oder seiner Dienstpflicht zuwider nicht aufstellt, oder ein falsches Zeichen, welches geeignet ist, die Schifffahrt unsicher zu machen, aufstellt, insbesondere zur Nachtzeit auf der Strandhöhe Feuer anzündet, welches die Schifffahrt zu gefährden geeignet ist, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung die Strandung eines Schiffes verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

PrStGB. § 302 Abs. 1, 2. Entw. I § 303 Abs. 1, 2, II § 319. Aktenst. Nr. 92.

Vgl. §§ 325, 326, sowie EG. § 4.

1) Die verschiedenen alternativen Mischtatbestände (Wertheimer Mischgesetze S. 65) erfordern durchweg vorsätzliche (vgl. § 321 N. 1) Hdlgen, die rechtswidrige Einwirkungen auf „Schiffahrtszeichen" darstellen, gleichgültig, ob sie zur Sicherung der Seeschiffahrt oder der Binnen- bzw. Flußschiffahrt bestimmt sind; so die GM.

Wenn das Gesetz von Zeichen spricht, die zur Sicherung der Schiffahrt „aufgestellt“ sind, so ist dieser Ausdruck nicht im engeren S. zu verstehen; er ist vielmehr gleichbedeutend mit „angebracht“ und umfaßt deshalb namentl. auch die schwimmenden Zeichen; Meves StrZ. **3** 381, Perels Allg. D. Seer. S. 165; ähnlich Binding Lb. **2** 61.

Besonders hervorgehoben sind die zu jenem Zwecke bestimmten „Feuerzeichen“, welche Bezeichnung gleichfalls in weiterer Bedeutung auf alle Lichtzeichen, namentl. einschließlich der elektrischen, zu beziehen ist; Schaper HH. **3** 903 N. 1, Oppenh.-D. N. 3, Meves aO. 382.

Als allgemeine Voraussetzung ist aber anzusehen, daß die Zeichen unter öffentlicher Autorität angebracht sind, was einesteils daraus folgt, daß den einzelnen positiven Hdlgen (N. 2a, c) „das dienstwidrige Verhalten der mit der Aufstellung betrauten Personen“ (N. 2b) gleichgestellt ist, andererseits aus dem gesetzgeberischen Grunde sich ergibt, daß für Zeichen, die seitens der zuständigen Behörden nicht für notwendig erachtet sind, der gewöhnliche Schutz fremden Eigentums ausreichend ist; so Meves aO. 383; aM.: Binding Lb. **2** 60 N. 3, Hälschner **2** 657 N. 2, Frank N. I, Rüd.-St. N. 1.

2) Die einzelnen vorsätzlichen Einwirkungen auf Schiffahrtszeichen (N. 1) sind:

a) „Zerstören (§ 303 N. 5), Wegschaffen oder Unbrauchbarmachen“ eines solchen Zeichens, insbs. „Auslöschen“ eines solchen Feuerzeichens (N. 1_3). Das Verrücken eines Zeichens ist ein „Wegschaffen“, vielleicht auch ein „Unbrauchbarmachen“, das Verdunkeln eines Feuerzeichens jedenfalls dieses letztere; so im wesentlichen übereinstimmend Schaper HH. **3** 903 N. 1, Meves StrZ. **13** 381 f. u. Perels Allg. D. Seer. S. 165, während Oppenh.-D. N. 3 das Verdunkeln dem „Auslöschen“ gleichstellt.

b) „Nichtaufstellen“ (N. 1_2) eines solchen Feuerzeichens (vgl. jedoch Binding Lb. 2 61: überhaupt aller Sicherungszeichen) der „Dienstpflicht“ zuwider. Da es um Feuerzeichen sich handelt, die kraft öffentlicher Autorität aufgestellt sind (N. 1_4), so ist mit „Dienstpflicht“ hier nichts anderes bezeichnet, als was sonst „Amtspflicht“ genannt wird (§ 332); deshalb kann Täter nur ein mittelbarer o. unmittelbarer Beamter i. S. des § 359 sein (aM. Binding aO. 60, Rüd.-St. N. 1, Seligsohn G. **28** 220, es beziehe § 322 sich auf alle, die vermöge eines Dienstverhältnisses zur Aufstellung von Feuerzeichen verpflichtet seien) und folgeweise hat ev. § 4[1] (das. N. 10c) Anwendung zu finden. Verletzt wird das auf Aufstellung des Feuerzeichens — wenn auch nur an einen beschränkten Kreis (vgl. § 320 N. 3) — gerichtete Gebot, weshalb ein echtes Unterlassungsdelikt vorliegt (§ 1 N. 3b); so: v. Lilienthal S. 29, Schwalbach GS. **31** 549, Seligsohn aO., Allfeld Unterlassungsdel. S. 131, Landsberg Kommissivdel. S. 212; aM. Binding aO. 60, Sturm Unterlassungsdel. S. 381, 417. Ausnahmsweise (T. I Abschn. 4 N. 4_2) ist nicht jede Nichtbefolgung kriminell strafbar, sondern nur die „vorsätzliche“, während die „fahrlässige“ aus § 326 (das. N. 2) zu ahnden ist. Übrigens kann auch dieses Delikt zweifellos durch eine „Handlung“ verübt werden, so z. B. wenn der Beamte zur Pflichterfüllung vorsätzlich durch Herbeiführung totaler Trunkenheit physisch sich untauglich macht; Schwalbach aO. 612.

c) „Aufstellen (N. 1_2) eines falschen Zeichens, welches geeignet ist, die Schiffahrt unsicher zu machen“, insbs. das „zur Nachtzeit“ (vgl. § 243 N. 52) auf der „Strandhöhe“, womit der Strand überhaupt und namentl. die ihn begrenzende Dünenkette bezeichnet wird (Meves aO. 383), vorgenommene „Anzünden eines Feuers“, d. h. die Erregung eines Lichtscheins (N. 1_3), das „die Schiffahrt zu gefährden geeignet ist“. Eine „Gefährdung“ (§ 315 N. 6) der Schiffahrt, womit das „Unsichermachen“ zweifellos gleichbedeutend, wird also nicht einmal für diesen Mischtatbestand, geschweige denn für die übrigen gefordert; so: Schaper HH. **3** 903 f., Meves aO. 380; aM. Oppenh.-D. N. 1. Es genügt vielmehr die „abstrakte Gemeingefährdung“ (v. Liszt S. 502, Frank N. II, Rüd.-St. N. 4, Siebenhaar ZStrW. **4** 277 ff., Rotering G. **31** 274), wie aus dem „zu gefährden geeignet ist“ (vgl. § 229_1) erhellt; es muß deshalb das Zeichen von solcher „Größe und Bedeutung“ (das Feuerzeichen namentl. von solcher „Intensität“) sein, daß es in einer gewissen Entfernung über die Meeresfläche hin sichtbar ist und deshalb vom Schiffer als ein Zeichen angesehen werden kann; Meves aO. 383.

3) Der Dolus erfordert, abgesehen von dem generellen Merkmal des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit (§ 321 N. 8₂), nur die „Vorsätzlichkeit" der Hdlg., die das Wissen davon bedingt, daß ein „zur Sicherung der Schiffahrt bestimmtes Feuerzeichen" zerstört wurde x.; so Oppenh.-O. N. 1, während Schaper HH. 3 903, v. Schwarze N. 2 u. Meves aO. weitergehend ein „Bewußtsein der Gemeingefährlichkeit" des Handelns bzw. „die bewußte Herbeiführung der Möglichkeit einer Gefährdung" verlangen; vgl. Hälschner 2 657 f. insbs. N. 1.

4) Absatz 2 enthält i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umstände, nämlich die „Verursachung" (T. I Abschn. 4 N. 3₂): a. der „Strandung eines Schiffes", b. des Todes eines Menschen (§ 309 N. 6).

Insbs. ist zu a hervorzuheben, daß „Schiff" im weitesten S. ein jedes auf dem Wasser zu benutzende Fahrzeug bezeichnet (§ 265 N. 2a); denn wie der Tod eines einzelnen Menschen straferhöhend wirkt, so auch das Stranden eines Schiffes, das vielleicht nur Einen Menschen trägt; Frank N. III. Daß das Schiff gerade gegen den Willen des Schiffers „auf den Strand geraten" war, erscheint nicht unbedingt erforderlich, vielmehr wird, unter der Voraussetzung des Kausalzusammenhanges, der Umstand auch dann für vorliegend zu erachten sein, wenn der Schiffer das Schiff absichtlich auf den Strand geraten ließ, um „Schiff und Ladung" oder auch nur letztere zu retten (vgl. HGB. § 706³, StrandungsO. v. 17. Mai 1874 § 4); Schaper HH. 3 903.

5) Ein aus § 43 strafb. Versuch ist nicht nur bei dem einfachen Verbr. aus Abs. 1, sondern auch bei dem schwereren der beiden qualifizierten Verbr. aus Abs. 2 denkbar (vgl. § 220 N. 5), während freilich die Verursachung der „Strandung" der Natur der Sache nach die Vollendung des Verbr. bedingt. Vgl. Thomsen Versuch S. 181.

6) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) u. zwar des einf. von 1—10 J., des leichter qualif. von 5—15 J., des schwerer qualif. wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 BbER.; b. nach § 325 ZulPolAuff.

Der Versuch (N. 5) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

7) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₁, beim einf. Verbr. in zehn, beim leichter qualif. u. beim versuchten schwerer qualif. Verbr. in funfzehn, beim vollendeten schwerer qualif. Verbr. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2c). Wegen des Beginnes der Verjährung der beiden qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73²⁻⁷, 136¹.

§. 323.

Wer vorsätzlich die Strandung oder das Sinken eines Schiffes bewirkt und dadurch Gefahr für das Leben eines Anderen herbeiführt, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 303 Abs. 1. Entw. I § 304 Abs. 1, II § 320. Aktenst. Nr. 92.

Vgl. §§ 325, 326 sowie EG. § 4.

1) Das Delikt aus § 323 ist dem aus § 321 (das. N. 2) darin ähnlich, daß sein Tatbestand eine Verletzung und eine dadurch verursachte Gefährdung erfordert.

2) Die Verletzung besteht in dem vorsätzlichen (vgl. § 321 N. 1) „Bewirken der Strandung oder des Sinkens eines Schiffes" (vgl. „sinken oder stranden machen" im § 265; das N. 2b).

„Schiff" bezeichnet ein jedes auch nur zum Aufenthalt eines Menschen (N. 3) dienende Fahrzeug auf dem Wasser (§ 322 N. 4); RG. II 17. Apr. 83 E. 8 218. Ob das Schiff ein Seeschiff o. Flußschiff, ist gleichgültig; Frank N. I, Oppenh.-O. N. 3.

Wegen „Bewirkens" der Strandung oder des Sinkens vgl. § 322 N. 4 btr. der „Verursachung" einer Strandung; sie trifft auch hier zu, da jenes „Bewirken" lediglich

die unmittelbare oder mittelbare Verursachung bezeichnet. Im übrigen ist wegen „Strandung“ HGB. § 853 zu vergleichen. Ein „Sinken“ liegt nur dann vor, wenn das Schiff ganz oder teilweise in dem Maße, daß es seine Operationsfähigkeit verloren, unter der Oberfläche des Wassers verschwunden ist; so RG. II 4. Juni 80 E. 2 86, das deshalb in einem Falle, wo der Schiffer das Schiff auflaufen ließ und nach eingetretenem Zurückrutschen künstlich über Wasser hielt, ein „Sinken“ nicht annahm; im wesentlichen auch III 16. Okt. 02 E. 35 399, das aber dahingestellt läßt, ob Verlust der „Operationsfähigkeit“ eingetreten sein müsse, u. ein Sinken annimmt, „wenn Teile, die bestimmungsgemäß über das Wasser hinausragen sollen, infolge der Bewegung nach unten unter den Wasserspiegel geraten“; es dürfte aber an dem in dem älteren Urteil aufgestellten Erfordernis festzuhalten sein.

3) Durch eine der in N. 2 charakterisierten Hdlgen muß nach dem Worte „dadurch“ (RG. III 26. Apr. 94 E. 25 312) zwar nicht eine Gemeingefährdung (so jedoch Siebenhaar ZStrW. 4 287; vgl. Abschn. 27 N. 1_2), wohl aber eine konkrete Gefährdung (Geyer 2 118, Hälschner 2 659, v. Liszt S. 503, H. Meyer S. 702, Frank N. II, Rüd.-St. N. 3, Rotering G. 31 277), nämlich eine „Gefahr für das Leben eines anderen“ herbeigeführt sein, nicht für das Leben „anderer“, wie im Falle des § 321 (dessen N. 6, 7 im übrigen zu vergleichen); H. Meyer aO. N. 44. Jener vom Gesetze erforderte Kausalzusammenhang (vgl. § 312 N. 3) bedingt aber keineswegs, daß der Gefährdete auf dem Schiffe selbst sich befunden haben müsse; so: Hälschner, Rüd.-St. aO., v. Schwarze N. 4; aM.: Binding, Lb. 2 62, auch Meves StrZ. 13 411 f., obgleich er auch einen nur „mittelbaren“ Kausalzusammenhang für ausreichend erachtet.

4) Wegen des Dolus vgl. die auch hier zutreffende N. 8 zum § 321.

5) Wegen des i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. vgl. T. I Abschn. 4 N. 3_2 u. § 309 N. 6. Auch hier (N. 3) ist nicht etwa, wie i. F. des § 307[1], notwendig, daß der Getötete auf dem Schiffe anwesend war; aM. Meves StrZ. 13 414.

6) Ein aus § 43 strafb. Versuch ist nicht nur bei dem einfachen, sondern auch bei dem qualifizierten Verbr. denkbar, weil durch die Hdlg. der Tod eines Menschen verursacht sein kann, ohne daß die beabsichtigte Strandung zur Vollendung kam (vgl. § 220 N. 5).

7) Idealkonkurrenz (§ 73) kann namentlich mit dem Versicherungsbtr. aus § 265 (das. N. 2b) vorliegen, wobei die Strafe aus § 323 zu bemessen ist; so die GM.

8) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14), u. zwar: des einf. von 5—15 J., des qualif. wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VbER.; b. nach § 325 ZulPolAuff.

Der Versuch (N. 6) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 2 u. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 beim einf. und beim versuchten qualif. Verbr. in funfzehn, beim vollendeten qualif. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2c). Wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verbr. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 324.

Wer vorsätzlich Brunnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche Anderer dienen, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkaufe oder Verbrauche bestimmt sind, vergiftet oder denselben Stoffe beimischt, von denen ihm bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind, ingleichen wer solche vergiftete oder mit gefährlichen Stoffen vermischte Sachen wissentlich und mit Verschweigung dieser Eigenschaft verkauft, feilhält oder sonst in Verkehr bringt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 304 Abs. 1, 2. Entw. I § 306 Abs. 1, II § 321. Aktenst. Nr. 92.

Vgl. §§ 325, 326 sowie EG. § 4.

1) Der § 324 umfaßt zwei kumulative Mischtatbestände (Wertheimer Mischgesetze S. 65), die mit Rücksicht auf die erforderlichen vorsätzlichen (vgl. § 321 N. 1) Hdlgen wesentlich nach zwei Richtungen auseinandergehen (N. 2 bzw. 5). Eine konkrete Gemeingefährdung oder auch eine Gefährdung einzelner oder eines einzelnen gehört zu keinem der Tatbestände; die abstrakte Gemeingefährdung bildet das gesetzgeberische Motiv; so: Binding Lb. 2 68, v. Liszt S. 504, Rüd.-St. N. 3, Siebenhaar ZStrW. 4 280, Rotering G. 31 275; aM. Hälschner 2 662.

2) Der erstere der Mischtatbestände verlangt, daß vorsätzlich gewisse Objekte — wenn auch nicht notwendig durch unmittelbar die Vergiftung der Gegenstände herbeiführende Hdlgen, sd. insbs. auch durch Unterlassgen; RG. I 29. Sept. 90 E. 21 76 — „vergiftet" worden sind (weshalb z. B. giftige Pilze für den Tatbestand nicht in Betracht kommen; Binding Lb. 2 70), oder daß ihnen „Stoffe beigemischt wurden, von denen dem Täter bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind" — Stoffe also, die Satz 2 dieses §. als „gefährliche" bezeichnet. Im § 229, dessen N. 2—4 zu vergleichen, war die Hervorhebung, daß der Stoff geeignet sein müsse, die menschliche Gesundheit zu zerstören, überflüssig, im § 324 zeigt aber diese, behufs Ausschließung von Zweifeln für nötig erachtete, Hinzufügung, daß auch bei dem „Vergiften" von Gegenständen nur an deren Verseuchung mit solchem Gift gedacht ist, das der menschlichen Gesundheit schädlich ist; Dresden 12. Apr. 78 St. 8 291, Binding aO. 68, Schaper HH. 3 905 N. 5, v. Schwarze N. 1.

3) Als Objekte der in N. 2 charakterisierten Handlungen kommen in Betracht:

a) „Brunnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche anderer dienen", d. h. zur Wassergewinnung für den menschlichen Genuß, nicht also z. B. zur Wäsche, zur Fischzucht o. zur Viehtränke; das N. 2 zit. Dresden, Binding Lb. 2 69, v. Liszt S. 504, Frank N. I 1, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 1.

b) „Gegenstände, welche zum öffentl. Verkaufe o. zum Verbrauche bestimmt sind".

α) Das erstere ist dann der Fall, wenn ein Gegenstand dem käuflichen Erwerbe seitens anderer in nicht individuell begrenzter Weise zugänglich gemacht ist; Binding aO., v. Liszt S. 504, Oppenh.-D. N. 5. Das Moment des „Öffentlichen" fehlt nicht, wie die Motive zum NahrungsmittelG. §§ 12, 13 (G. 27 334) annehmen, unbedingt bei Sachen, die „im Wege des Hausierens" verkauft werden sollen; denn das auf „öffentlichen Straßen" 2c betriebene Hausieren ist ein „öffentliches Verkaufen". Ob der Gegenstand bereits z. Z. der Vergiftung in der Form sich befand, wie er später in Verkehr gebracht werden soll, ob z. B. der lebende Ochse vergiftet wird, obschon er erst nach vorgenommener Schlachtung und Zerlegung zum öffentl. Verkauf gebracht werden soll, ist gleichgültig, sobald nur diese Absicht bereits bei der Vergiftung obwaltete; so: Binding aO., Frank N. I 2; aM.: Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 7, 9.

β) „Verbrauch" ist nicht gleichbedeutend mit „Gebrauch" (vgl. NahrungsmittelG. § 12²); es kommen aber nicht nur „Nahrungs- u. Genußmittel" bzw. Arzeneien in Betracht, sondern auch andere zum Verbrauche bestimmte Gegenstände, wie z. B. Seife.

γ) Im übrigen ist die Qualität der „Gegenstände" gleichgültig; so sind z. B. auch Kleiderstoffe, Tapeten, Lampenschirme 2c. dazu zu rechnen, sofern sie zum „öffentlichen Verkaufe bestimmt" sind; Berner S. 648, Binding aO., Schaper HH. 3 905 N. 5, v. Schwarze N. 2, Ortloff St. 2 1 ff.

4) Vorausgesetzt ist offenbar, daß ein sachgemäßer Gebrauch die Gefährdung mit sich bringe, da bei bestimmungswidrigem Gebrauche jeder Gegenstand gesundheitszerstörend wirken kann; so: Berner S. 648, Binding aO., Hälschner 2 662 N. 1, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 4; vgl. auch RG. III 9. Juni 80 E. 2 177 btr. der ähnlichen Frage beim NahrungsmittelG. § 12¹; aM. Schaper HH. 3 906 N. 7.

5) Beim zweiten Mischtatbestande wird als Hdlg. ein „Inverkehrbringen" erfordert; vgl. § 146 N. 6 und damit wesentlich übereinstimmend RG. I 13. Dez. 80 E. 3 119, das jene, im beabsichtigten Anschluß an § 324 gebrauchte, Wendung im NahrungsmittelG. § 12[1] für gleichbedeutend mit „anderen überlassen" (§ 367[3]) erachtet; so v. Liszt S. 504 N. 1; aM. München OLG. 14. Feb. 80 E. 1 97, das den Tatbestand der §§ 326, 324 verneinte, weil die Vergiftung einer lediglich für eine konkrete Person bestimmten Sache (einer Arzenei) in Frage gestanden habe; ferner Hälschner 2 662. Ob das „Inverkehrbringen" entgeltlich stattfindet oder nicht, ist gleichgültig; zit. RG. E. 3 119, Berner S. 649, Binding Lb. 2 70, Schaper HH. 3 905, Frank N. II 3. Jedoch hebt das Gesetz wegen ihrer praktischen Wichtigkeit zwei entgeltliche Arten besonders hervor, nämlich das „Verkaufen" und „Feilhalten"; wg. des letzteren vgl. § 184 N. 5.

6) Als Objekte dieses Mischtatbestandes kommen in Betracht: „solche vergiftete oder mit gefährlichen Stoffen vermischte Sachen", d. h. solche, wie sie im Satze 1 dieses §. bezeichnet werden. Demnach ist auch für den zweiten Mischtatbestand erforderlich, daß die Sachen durch eine menschliche Tätigkeit mit Gift oder einem diesem gleichgestellten Stoffe verseucht sind (N. 2); Motive zum NahrungsmittelG. §§ 12, 13 (G. 27 334); ebensowenig trichinenhaltiges Fleisch (§ 367[7]); so auch die zitierten Motive, jedoch aus dem nicht stichhaltigen Grunde, weil solches die Gesundheit zwar zu beschädigen, nicht aber zu zerstören geeignet sei (N. 2); aM. Oppenh.-D. N. 7.

Diese Objekte müssen nicht nur „wissentlich", d. h. in Kenntnis (Binding Normen 2 603), sondern namentl. auch „mit Verschweigung dieser — gefährlichen — Eigenschaft" in Verkehr gebracht sein; sonach verfallen z. B. Fabrikanten und Grossisten, welche die Eigenschaft dem Zwischenhändler mitteilen, nicht dem § 324; vgl. die zitt. Motive sowie: RG. I 27. März 82 E. 6 121, Binding Lb. 2 71, v. Liszt S. 504 N. 2.

7) Was den Dolus anbetrifft, so erfordert das Gesetz die Vorsätzlichkeit für die erste Reihe der Mischtatbestände ausdrücklich, während sie für den zweiten Mischtatbestand aus der Hervorhebung der „Wissenschaft" bezüglich eines hervorragenden Deliktsmerkmales (N. 6,) sich ergibt. Vgl. deshalb die auch hier entsprechende Anwendung findende N. 3 zum § 322; so wohl auch Binding Lb. 2 71.

Daß auch beim § 324 das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich, trotz entgegengesetzter GM., wird praktisch namentl. beim Betriebe des Apothekergewerbes klar. Im übrigen fordert Schaper HH. 3 906 unrichtig das „Bewußtsein der Gefährdung anderer", Siebenhaar ZStrW. 4 280 und Oppenh.-D. N. 1 sogar das der „Gemeingefährdung", während nach Hälschner 2 663 das Wissen u. Wollen der Gefahr von selbst sich ergibt; gegen das Erfordernis der Gemeingefährdung aber Binding aO.

8) Wegen des i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. vgl. T. I Abschn. 4 N. 3, und § 309 N. 6.

9) Ein aus § 43 strafb. Versuch ist bei dem einfachen Verbr. denkbar, aber auch bei dem qualifizierten nicht absolut ausgeschlossen, obschon den Umständen nach schwer möglich (vgl. § 220 N. 5). Vgl. Thomsen Versuch S. 184.

10) Als ein den § 324 ausschließendes Sondergesetz erscheint in mehrfachen Beziehungen das NahrungsmittelG. Vgl. Binding Hb. 1 350 N. 3 u. Lb. 2 68, 83.

11) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus (§ 14) und zwar: des einf. Verbr. von 1—10 J., des qualif. wahlweise zeitiges von 10—15 J. o. lebenslängliches; ausnahmsweise ist nach EG. § 4 (das. N. 3, 4) Todesstr. (§ 13 N. 1) zu verhängen. Als Nebenstr. kann erkannt werden: a. nach § 32 VbER.; b. nach § 325 ZulPolAuff.

Der Versuch (N. 9) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 2 bzw. 4), 45 zu bestrafen; vgl. § 44 N. 4.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67, beim einf. Verbr. in zehn, beim versuchten qualif. in funfzehn, beim vollendeten qualif. in zwanzig Jahren (§ 67 N. 2c). Wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verbr. vgl. auch § 67 N. 9.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2–7], 136[1].

§. 325.

Neben der nach den Vorschriften der §§. 306 bis 308, 311 bis 313, 315, 321 bis 324 erkannten Zuchthausstrafe kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

PrStGB. § 305. Entw. I § 307, II § 322.

1) Hinsichtlich der ZulPolAufs. „neben der nach den Vorschriften der §§ 306—308, 311—313, 315, 321—324 erkannten Zuchthausstrafe" vgl. §§ 38 N. 3, 45 N. 5.

§. 326.

Ist eine der in den §§. 321 bis 324 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Gefängniß bis zu Einem Jahre und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, auf Gefängniß von Einem Monat bis zu drei Jahren zu erkennen.

PrStGB. §§ 301 Abs. 3, 302 Abs. 3, 303 Abs. 2, 304 Abs. 3.
Entw. I §§ 302 Abs. 3, 303 Abs. 3, 304 Abs. 2, 306 Abs. 2, II § 323.

1) Ein aus § 326 strafb. Verg. liegt vor, wenn: a. eine der in den §§ 321—324 bezeichneten Hdlgen aus Fahrlässigkeit begangen, und ferner: b. durch die Hdlg. ein Schaden verursacht worden ist.

Den vorsätzlichen Delikten aus §§ 321—324 treten sonach entsprechend fahrlässige zur Seite (vgl. § 321 N. 1), deren Tatbestand einmal den der Delikte aus §§ 321 bis 324 mit der Maßgabe erfordert, daß die „Handlung" nicht „vorsätzlich", sondern „aus Fahrlässigkeit" begangen wird (N. 2, 3), dann aber noch weiter das Hinzutreten eines lediglich objektiven Umstandes (N. 4).

2) Die „Begehung einer der in den §§ 321—324 bezeichneten Hdlgen aus Fahrlässigkeit" bedingt zunächst, daß jemand eine der Hdlgen, die nach jenen §§. vorsätzlich begangen sein muß, fahrlässig (§ 59 N. 17) verübe, mag auch der die Fahrlässigkt. in sich schließende Tatakt vorsätzlich vorgenommen sein. Es ist also erforderlich nach:

§ 321 eine fahrlässige Beschädigung einer Wasserleitung;

§ 322 eine fahrlässige Zerstörung eines zur Sicherung der Schiffahrt aufgestellten Zeichens ꝛc.; hierher gehört auch die dienstwidrige Unterlassung der Aufstellung eines Schiffahrtszeichens infolge fahrlässig verschuldeter Trunkenheit; Schwalbach GS. **31** 612 (vgl. § 322 N. 2b); keineswegs vertritt aber die bloße Vernachlässigung der Dienstpflicht als solche die Stelle der fahrlässigen Hdlg., vielmehr verlangt § 326 unbedingt den Nachweis der „Fahrlässigkeit"; aM. Meves StrZ. **13** 385;

§ 323 eine fahrlässige Bewirkung der Strandung eines Schiffes; **RG.** I 15. Juni 82 R. **4** 569 (i. c. verneinend);

§ 324 eine fahrlässige Vergiftung eines zum Gebrauche anderer dienenden Brunnenbehälters, z. B. durch vorsätzl. Beimischung von Stoffen bei fahrl. Unkenntnis davon, daß sie die menschl. Gesundheit zu zerstören geeignet sind; Dresden 12. Apr. 78 St. 8 291.

3) Zu einer fahrl. Hdlg. der in N. 2 bezeichneten Art muß aber bei den §§ 321, 323 noch hinzukommen „die Herbeiführung einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit anderer" bzw. „für das Leben eines anderen"; denn § 326 will die in den §§ 321 ff. behandelten Delikte bestraft wissen, „wenn das Merkmal der Vorsätzlichkeit ausscheidet und Fahrlässigkeit an dessen Stelle tritt"; folglich muß in den Fällen der §§ 321, 323 auch die näher bezeichnete Gefährdung eingetreten sein (**RG.** II 4. Juni 80 E. **2** 85, I 15. Juni 82 R. **4** 569, Belmonte GS. 28 503), und zwar durch die fahrl. Hdlg. (vgl. § 321 N. 6 sowie § 323 N. 3, insbs. das dort zit. **RG.** E. 25 312).

4) Außer der fahrl. Hdlg. in dem soeben (N. 2, 3) erläuterten S. verlangt § 326 aber auch noch das Hinzutreten eines — wie der Ausdruck „verursachen" hinreichend klarstellt (vgl. T. I Abschn. 4 N. 3₂) — lediglich objektiven Umstandes; der einfache Tatbestand eines

fahrl. Verg. aus den §§ 321 bzw. 323, 326 erfordert somit, da auch die „Gefährdung" ein hinzutretender objektiver Umstand ist (vgl. §§ 321 N. 8, 323 N. 4), das Hinzutreten zweier objektiver Umstände: einer Gefährdung näher bestimmter Art und eines „Schadens". Dieser „Schaden" braucht also nicht „fahrlässigerweise" verursacht zu sein (vgl. §§ 309 N. 6_2, 316 N. 5); so: v. Liszt S. 502, H. Meyer S. 693 N. 9, Rüd.-St. N. 3, Meves StrZ. **13** 385; aM.: Binding Lb. 2 56, 61, 72, Hälschner 2 656.

Unter dem „Schaden" kann der durch die Fahrlässigkeit verursachte rechtswidrige Erfolg nicht verstanden sein — also nicht die Beschädigung der Wasserleitung (§ 321) 2c.; das Gesetz erfordert damit vielmehr neben jenem notwendigen Erfolge noch einen anderen selbständigen „Schaden" als Kausalitätserfolg der fahrl. Hdlg.; **RG.** I 15. Juni 82, 13. Dez. 86, R. **4** 569, 8 750, II 1. Juli 04 E. **51** 406, H. Meyer S. 693. Dieser „Schade" kann jeglicher Art sein, insbs. ist es nicht notwendig, daß er betreffe im Falle des § 321 „das Leben oder die Gesundheit anderer", im Falle des § 322 „die Schiffahrt", im Falle des § 323 „das Leben anderer", im Falle des § 324 „die menschliche Gesundheit"; so kann der Schaden z. B. bei § 323 auch eine Sache, insbs. das Schiff selbst betreffen. So: **RG.** zitt. R. **4** 569 (btr. § 323), 8 750 (btr. § 324), II 17. Apr. 83 E. 8 218 (btr. § 323), Geyer **2** 118, Hälschner **2** 655, Belmonte GS. 28 503. AM.: Binding Lb. 2 56, v. Liszt S. 502 N. 2, Schaper HH. **3** 902, 904, 906, Frank N. zu § 326, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1, Meves StrZ. **13** 385, die einen solchen „Schaden" für notwendig erachten, wie er der in den §§ 321—324 erforderten oder vorausgesetzten Gefährdung entspricht.

5) Wegen des i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. vgl. die hier durchweg zutreffende N. 6 zum § 309.

6) Die Strafe ist Gefängnis (§ 16), und zwar beim einf. Verg. von 1 T.—1 J., beim qualif. von 1 Mt.—3 J.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung beim qualif. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 327.

Wer die Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens einer ansteckenden Krankheit angeordnet worden sind, wissentlich verletzt, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

Ist in Folge dieser Verletzung ein Mensch von der ansteckenden Krankheit ergriffen worden, so tritt Gefängnißstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren ein.

PrStGB. § 306. Entw. I § 308, II § 324. Aktenst. Nr. 92. StB. S. 742.
Vgl. zu Abs. 1: MStGO. § 63[1].

Zu §§ 327, 328. N. 1—7.

1) Die §§ 327, 328 sind sog. Blankettstrafgesetze (vgl. § 2 N. 15, insbs. das das. zit. den § 328 btr. **RG.** E. **16** 171), während die Normen, deren Schutz die dort gegebenen Strafsanktionen bilden, diejenigen „Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln und Einfuhrverbote" (N. 4) sind, die von „zuständigen Behörden" (N. 2) „zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens" (N. 3), sei es „einer ansteckenden Krankheit (N. 8), sei es „von Viehseuchen" (§ 328 N. 1) „angeordnet" (N. 5) sind.

Mit Strafe bedroht wird jedoch nur die „wissentliche Verletzung" (N. 6, 7) dieser Anordnungen. Bei deren Charakter ist aber nicht anzunehmen, daß die Materie der Verletzung jener Anordnungen überhaupt in den §§ 327, 328 geregelt sei, vielmehr bezieht die Regelung sich eben nur auf die wissentliche Verletzung, so daß die fahrlässige Verletzung bis zum Erlasse des ViehseuchenG. namentl. auf Grund der bezüglichen Landesgesetze bestraft werden konnte; **RG.** II 21. Okt. 79 E. **1** 1. Mit Rücksicht auf jene teilweise

Regelung sind aber insoweit nach EG. § 2 die §§ 45, 26 der PrKabO. v. 8. Aug. 1835 btr. Bestätigung des Regulativs über die sanitätspoliz. Vorschriften von RG. II 13. Nov. 83 E. 9 366 für aufgehoben erachtet worden; s. übrigens N. 5₃.

2) Geschützt werden durch die §§ 327, 328 Anordnungen „zuständiger Behörden". Welche „Behörde" (§ 114 N. 1) „zuständig" sei, ist nach der bezüglichen Reichs- bzw. Landesgesetzgebung zu beurteilen; so die GM., auch Berner S. 650, der aber trotzdem „in der Natur der Sache" liegend erachtet, daß nur die höheren Behörden, welche die Landesbedürfnisse zu überblicken vermöchten, zuständig seien. Die Natur der Sache kommt neben der positiven Gesetzgebung nicht in Betracht; dementsprechend hat auch RG. II 21. Okt. 79, 17. Feb. 85, IV 30. Jan. 85, E. 1 1, 12 70, 19 (btr. § 328) angenommen, daß keineswegs nur die „Landespolizeibehörden", sondern auch die „Ortspolizeibehörden" zuständig sein könnten, so insbs. in Preußen zur Anordnung von Schutzmaßregeln gegen Viehseuchen auf Grund des PrAusführungsG. v. 12. März 1881 zum — älteren — RG. über die Abwehr von Viehseuchen v. 23. Juni 1880 (das durch das PrAusführungsG. v. 18. Juni 1894 zu dem — neueren — RViehseuchenG. v. 1. Mai 1894 nicht außer Kraft gesetzt ist). Die Frage, ob ein Einfuhrverbot zc. von der zuständigen Behörde erlassen worden sei, unterliegt als Rechtsfrage der Nachprüfung des Revisionsgerichts, das auch das Bestehen eines solchen Verbotes selbst feststellen kann; RG. IV 20. Dez. 84 R. 6 835.

a) Von den einschlagenden Reichsgesetzen überläßt das G. v. 7. Apr. 1869 btr. Maßregeln gg. d. Rinderpest im § 7 den Einzelstaaten die Bestimmung darüber, welche Behörden zum Erlasse der fragl. Anordnungen zuständig seien, und überträgt das ViehseuchenG. v. 1. Mai 1894 (abgesehen von der Rinderpest) im § 2 die Anordnung der Maßregeln den „Landesregierungen u. deren Organen", § 3 des Schlachtvieh- u. FleischbeschauG. v. 3. Juni 1900 den „Landesregierungen". Zu jenen im ViehseuchenG. bezeichneten „Organen" gehören die Tierärzte, die nach Maßgabe des G. nur ausnahmsweise zum Erlasse vorläufiger Änderungen ermächtigt sind, nicht; so für Preußen RG. II 17. Feb. 85 E. 12 70 (mit der weiteren Ausführung, daß eine Übertragung kraft allg. Ermächtigg. der zuständigen Behörde unzulässig sei), für Bayern RG. I 12. Okt. 93 E. 24 332.

b) Insbesondere in Preußen ist mangels besonderer Vorschriften (wie solche z. B. in der KabinetsO. v. 8. Aug. 1835, für die Cholera, nicht für bloßen Choleraverdacht [RG. IV 8. Juni 95 E. 27 280], desgl. in dem G. btr. die Stellung des Kreisarztes zc. v. 16. Sept. 1899 § 8 für den Fall einer gemeingefährl. Krankheit [vgl. RG. IV 14. Nov. 02 E. 35 430 insbs. über die Form der zu treffenden vorl. Anordnungen] enthalten sind), nach der Regierungsinstruktion v. 23. Okt. 1817 i. V. mit § 18 des G. über die allg. Landesverwaltung v. 30. Juli 1883 zum Erlaß der btr. Maßregeln behufs Verhütung ansteckender Krankheiten unter Menschen und Tieren der Regierungspräsident zuständig (RG. IV 15. Dez. 93 E. 24 436); nach Vorschrift des § 3 des PrAusführungsG. zum R. ViehseuchenG. v. 12. März 1881 in der F. zuf. G. v. 22. Juli 05 Art. 1 sind jedoch die in Gemäßheit der §§ 7 u. 8 des RGesetzes zu erlassenden Anordnungen vom Minister f. Landwirtschaft zc. oder mit dessen Genehmigung von den Regierungspräsidenten der Grenzbezirke zu treffen. Insbs. ist der Regierungspräsident auch zuständig zum Erlaß eines Einfuhrverbots auf Grund des § 1 des RG. v. 7. April 1869, Maßregeln gg. die Rinderpest btr.; RG. IV 11. Okt. 04 E. 37 273. Der Regierungspräsident kann beim Erlasse der Bestimmungen der ihm untergeordneten Organe sich bedienen (vgl. das zit. RG. E. 24 436 sowie btr. der früher entsprechenden Befugnisse der Regierungen II 4. Mai 80 E. 2 151, andererseits freilich Keller G. 45 249, der bestreitet, daß in Pr. die Sanitätspolizei den Landespolizeibehörden vorbehalten sei). Darüber, daß die Tierärzte zu den untergeordneten Organen nicht gehören, s. o. a.

c) Über die „zuständige Behörde" auf Grund des ViehseuchenG. in Hamburg vgl. RG. III 8. Okt. 85 E. 12 437, in Elsaß-Lothr. RG. I 15. Juni 99 E. 32 228.

3 a) Über den Begriff einer „ansteckenden Krankheit" vgl. RG. III 18. Okt. 90 E. 21 121 (btr. Trichinenkrankheit); die Bezeichnung „ansteckende Krankheit" ist sprachlich

ungenau; Binding Lb. 2 92, sie bedeute eine Krankheit von größerer Ausdehnungskraft, einerlei, wie der Krankheitskeim verbreitet werde.

b) Erfordert werden „Anordnungen", d. h. sanitätspolizeiliche Vorschriften, die gebietend o. verbietend an das Publikum sich wenden (weshalb bloße Instruktionen, wie z. B. solche für Hebammen in Pr. u. bzw. in Lübeck bestehen, nicht darunter fallen; RG. IV 30. März 94 E. 25 201, III 10. Mai 94 G. 42 128; vgl. auch das § 223 N. 13 zit. E. 25 227), die erlassen sind: „zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens" einer ansteckenden Krankheit (§ 327) bzw. von Viehseuchen (§ 328). Es ist nicht erforderlich, daß die btr. Anordnung ausdrücklich als zu jenem Zwecke bzw. zur Ausführung des § 327 oder § 328 ergangen sich ankündige (Berlin 15. Juli 74 O. 15 505), vielmehr genügt es, wenn sie sachlich einem jener Zwecke dient; zit. RG. E. 21 121. Bezeichnet aber die Anordnung sich selbst als zu einem solchen Zwecke erlassen, so ist damit in dieser Beziehung jeder Zweifel ausgeschlossen, da der Zweck einer Anordnung nicht besser als durch die in dieser selbst darüber abgegebenen Erklärung festgestellt werden kann; RG. I 12. Okt. 93 E. 24 332. In der Praxis des RG. ist einer der bezeichneten Zwecke für vorliegend erachtet bei Anordnungen btr.:

Absperrung eines Hauses, in dem Pockenkranke aufhaltsam gewesen waren, bis zur Beendigung des Desinfektionsverfahrens; II 13. Nov. 83 E. 9 366;

Verbot der Einfuhr von Schweinen (zur Abwehr d. Rinderpest); IV 10. Feb. 85 R. 7 96;

Verbot der Einfuhr von Schweinen 2c. amerikanischen Ursprungs beruhend auf der Kais. V. v. 6. März 83 (abgeändert durch V. v. 3. Sept. 1891); zit. E. 21 121;

Gebot der tierärztl. Behandlung eines erkrankten Tieres; II 17. Feb. 85 E. 12 70.

c) Die Frage, ob im Einzelfall eine „Ansteckungsgefahr" vorhanden ist, in welchem Umfange sie besteht, ob solcher Gefahr praktisch durch die angeordneten Maßregeln u. Verbote (N. 4) vorgebeugt werden kann, unterliegt der richterlichen Nachprüfung nicht; RG. zit. E. 21 121, I 13. Okt. 92 E. 23 258; vgl. auch N. 5_{b}.

4) Die Anordnungen müssen „Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote" sein, während Anordnungen anderer Art, auch wenn sie den N. 3 bezeichneten Zweck verfolgen, dennoch nicht durch die §§ 327, 328 geschützt sind; v. Liszt S. 503. Begrifflich lassen Absperrungs- u. Aufsichtsmaßregeln sich nicht scharf gegeneinander abgrenzen; vgl. RG. II 22. Nov. 98 E. 31 342, das bezüglich der ersteren ausführt, sie umfaßten die völlige, wie die teilweise Aufhebung der Bewegungsfreiheit, wobei als Gegenstand der Absperrung sowohl Sache, wie Mensch erscheinen könne. Über das Verhältnis von Ausführungsbestimmungen zu den Maßregeln bzw. Verboten selbst vgl. RG. I 15. Juni 91 E. 22 45. In der Praxis des RG. ist erachtet worden:

a. für eine Absperrungsmaßregel: die Sperre eines Ortes für den Verkehr mit Schafen; II 21. Okt. 79 E. 1 1; die durch GewerbeO. § 56b Abs. 3 zugelassene Untersagung des Handels im Umherziehen mit Rindvieh 2c.; zit. E. 31 342; die durch § 63[4] der Instruktion des BR. v. 27. Juni 1895 (RGBl. S. 357) zum ViehseuchenG. dem Besitzer seuchenkranken Viehs auferlegte Verpflichtung, seinen Dienstboten u. Hausgenossen das Betreten seuchenfreier Stallungen in anderen Gehöften zu verbieten; III 29. März 00 E. 33 225 (mit der Ausführung, daß die Zuwiderhdlg. gg. ein solches Verbot seitens eines Dienstboten nicht die Verletzg. einer der im § 328 bezeichneten Absperrungsmaßregeln enthalte, sd. nur häusl. Disziplinierung bzw. Dienstentlassung veranlassen könne); I 1. Feb. 04 G. 51 184, die Anordnung, daß ein verseuchtes Gehöft nicht vor Abwaschung des Schuhwerks u. Reinigung der Kleidungsstücke verlassen werden dürfe;

b. für eine Aufsichtsmaßregel: das Verbot des Amtsvorstehers einer Grenzstation, aus dem Ausl. eingebrachte rotzverdächtige Pferde vor erfolgter tierärztl. Untersuchung weiter zu befördern; II 2. Dez. 90 G. 39 53; die Bestimmung, daß eingeführtes Rindvieh eine gew. Zeit an seinem Bestimmungsorte verbleiben müsse; I 5. Jan. 94 G. 42 26; vgl. auch II 24. Feb. 80 R. 1 383.

5) Was die „Anordnungen" (vgl. Register) selbst betrifft, so können sie zunächst materiell entweder für alle Personen eines Landes o. Bezirkes oder auch nur für be-

stimmte Personen wirksam sein; RG. IV 8. März 95 E. 27 83; vgl. auch das N. 3 b I zit. E. 9 366; sie können ferner unbedingt oder nur für gewisse Eventualitäten erlassen sein; so die GM., insbs. Berlin OAG. 8. Nov. 71, 1. Juni 72, St. 1 104, 309, OTr. 15. Juli 74 O. 15 505.

Streitig ist aber, ob die Anordnungen außerordentliche, zur Verhütung des Einführens ꝛc. einer in einem konkreten Falle ausgebrochenen Viehseuche ꝛc. ergangene und folglich zeitweilige sein müssen, oder ob sie auch allgemein und bleibend für die Zukunft erlassen sein können. Dieser letzteren Ansicht steht zunächst der Ausdruck „Anordnung" nicht entgegen; denn er bezeichnet im StGB. keineswegs ausschließlich Akte, die nicht auf eine übertragene Gesetzgebungsgewalt zurückzuführen sind, sondern umfaßt i. w. S. auch die Akte der Gesetzgebungsgewalt mit (vgl. § 131 N. 9b im Gegensatz zu den §§ 110 N. 18, 113 N. 6b). Ein innerer Grund, die Wendung „anordnen" in den §§ 327, 328 i. e. S. zu verstehen, liegt nicht vor; der Ausfüllung des dort gegebenen „Blanketts" (N. 1) durch Gesetze und Verordnungen steht nichts entgegen (vgl. auch § 145); dazu kommt, daß jene §§. ganz allgemein von „zuständigen Behörden" sprechen, keineswegs nur von „Verwaltungsbehörden". So: RG. IV 24. Sept. 95, 13. Dez. 98, I 15. Mai 02, VStS. 27. Apr. 04, E. 27 357, 31 380, 35 243, 37 178 (§ 328 greife auch bei Verletzung von Absperrungs- o. Aufsichtsmaßregeln o. Einfuhrverboten Platz, die im Gesetz selbst getroffen seien), Binding Lb. 2 89, Geyer 2 118, H. Meyer S. 704 N. 58, Frank N. II 2 u. § 328 N. II 1, v. Schwarze N. 1; dem U. der VStS. nur im Ergebnis, nicht in der Begründung beitretend Galli DJZ. 10 235 (der Kaiser sei durch RV. Artt. 11—19 als oberste Reichsbehörde eingesetzt). AM.: v. Liszt S. 503, Schaper HH. 3 908, Rubo N. 2. Vgl. auch Hälschner 2 675, der im übrigen der oben vertretenen Ansicht beistimmt, jedoch „gesetzl. Bestimmungen" ausschließen will.

Daß den §§ 327 f. gegenüber Strafandrohungen, die in den Anordnungen zur Verhütung der Verbreitung konkreter Seuchen ꝛc. sich vorfinden, gemäß RV. Art. 2 keine Geltung haben, während dadurch die Anordnungen selbst nicht unwirksam werden, ist allgemein anerkannt; vgl. z. B. Berlin OAG. 10. Jan., OTr. 15. Juli 74, St. 3 381, O. 15 505.

Wegen Form und Verkündigungsart der „Anordnungen" gelten die betreffenden Reichs- bzw. Landesgesetze; RG. I 13. Okt. 92 E. 23 258, das N. 2b zit. E. 35 430. Der § 58 der Instruktion des BR. v. 27. Juni 1895 zur Ausführg. des ViehseuchenG. §§ 19—29 enthält keine Vorschrift über die Bekanntmachg. von Absperrungsmaßregeln, sd. bestimmt nur, wie der erste Ausbruch der Seuche zur öffentl. Kenntnis zu bringen sei; RG. I 16. Mai 04 G. 51 360. Die Frage, ob die behördlichen Anordnungen in Ausführung des ViehseuchenG. als „Polizeiverordnungen" i. S. der PrGesetzgebung anzusehen und den Vorschriften über diese unterworfen seien, verneint RG. IV 3. Nov. 91 E. 22 190. Wg. der formellen Erfordernisse oberpolizeil. Anordnungen in Bayern vgl. RG. I 12. Jan. 03 G. 50 127.

Die innerliche Gesetzmäßigkeit der Anordnungen untersteht nicht der richterlichen Prüfung; deshalb ist die Anwendbarkeit der §§ 327 f. namentlich nicht davon abhängig, daß die von der zuständigen Behörde erlassene Anordnung den Bedingungen entspricht, unter denen sie vom Gesetze gestattet ist; RG. II 28. Nov. 93 E. 24 424 (btr. Erlaß einer Absperrungsmaßregel auf Grund des ViehseuchenG. ohne vorgängiges Gutachten eines beamteten Tierarztes); vgl. auch N. 3c. Deshalb ist auch eine zum Zwecke der Verhinderung des Einführens ꝛc. einer Viehseuche von zuständiger Seite erlassene Anordnung, sobald sie erkennen läßt, daß sie auf Grund der §§ 18, 19 des ViehseuchenG. erlassen worden, eine rechtsgültige Absperrungs- und Aufsichtsmaßregel.

6) Die Verletzung der in N. 4 bezeichneten „Absperrungs- o. Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote", bezüglich deren eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) zulässig ist (das N. 5 vorl. Abs. zit. RG. G. 51 360), stellt, je nach der Natur der „Maßregeln", als Kommissiv- oder als Omissivdelikt sich dar (§ 1 N. 3). Soweit die „Maßregeln" Verbote sind, ist ihre Verletzung, wie diejenige der „Einfuhrverbote", ein Begehungsdelikt, soweit die „Maßregeln" aber in Geboten bestehen — wie z. B. in der dem Eigentümer auferlegten Ver-

pflichtung zur Tötung wutverdächtiger Hunde (Berlin 15. Juli 74 O. **15** 505) —, ein Unterlassungsdelikt.

7) Die wissentliche, d. h. vorsätzliche (Binding Normen **2** 603), Verletzung wird mit Strafe bedroht; gegen die Regel (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4_1) ist deshalb auch das Unterlassungsdelikt nicht unbedingt, sondern nur unter der Voraussetzung des Vorsatzes aus den §§ 327, 328 strafbar (s. jedoch N. 1_2).

Der Vorsatz liegt lediglich dann vor, wenn der Täter nicht nur Kenntnis von der Anordnung der Maßregel oder des Verbots, sondern zugleich auch das Bewußtsein hatte, daß er gegen die Anordnung verstoße, weshalb ein dieses Bewußtsein ausschließender Irrtum auch den Vorsatz ausschließt; so die GM., insbs. RG. II 21. Okt. 79, 3. Jan. 99, I 13. Apr. 82, IV 21. Feb. 96, E. **1** 1, **31** 415, **6** 159, **28** 195, IV 25. Juni 95, 5. März 97, G. **43** 235, **45** 50.

Was insbs. die Kenntnis von der Anordnung betrifft, so umfaßt sie auch das Wissen von deren Zwecke (RG. IV 5. Jan. 92 E. **22** 296 btr. § 328), sowie von der Zuständigkeit der Behörde (zum Teil abweichend Frank N. III), wobei jedoch Eventualdolus genügt. Übrigens kann die Wissentlichkeit selbst dann, wenn die Anordnung gehörig verkündet war, nicht „unbedingt angenommen" oder „vermutet" werden, vielmehr ist trotzdem der Nachweis ihres Vorliegens zu führen; so die GM., insbs. RG. II 9. Dez. 79 R. **1** 132. Andererseits ist die „Wissentlichkeit" nicht abhängig von der Kenntnis der Bekanntmachung als solcher; sie kann vielmehr auch auf anderem Wege vermittelt werden; RG. I 19. Sept. 98 E. **31** 254 (btr. § 328 i. V. mit Bayer. Polizeivorschriften). Über den Einfluß eines Irrtums btr. der Tragweite getroffener Änderungen vgl. § 59 N. 2, insbs. I a.

Die vorsätzliche Verletzung erfordert auch das generelle Merkmal des Dolus, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit; wer eine Absperrungsmaßregel unter der Annahme eines Rechtsgrundes verletzt, z. B. der Postillon, der die ihm durch seine Instruktion vorgeschriebene Poststraße glaubt innehalten zu müssen, trotzdem deren völlige Sperre wegen Ausbruchs der Rinderpest verfügt war, handelt nicht mit dem erforderlichen Dolus; so Binding Lb. **2** 91 (insbs. N. 3) u. Normen **2** 502 N. 725; aM. Berlin 23. März 71 O. **12** 174.

Zu § 327. N. 8—11.

8) Unter den „ansteckenden Krankheiten", auf die insbs. § 327 sich bezieht, sind lediglich Krankheiten der Menschen zu verstehen, wie namentl. aus der Höhe der Strafandrohung im § 327 gegenüber derjenigen im § 328 sowie aus dem im Abs. 2 eines jeden dieser §§. aufgestellten straferhöh. Umst. erhellt. So die GM., insbs. Berlin 17. Sept. 78 O. **19** 417; aM. Binding Lb. **2** 92 (§ 327 lex generalis, § 328 mildere lex specialis), ferner Rubo N. 1, der alle ansteckenden Krankheiten, auch solche der Tiere (ja selbst der Pflanzen), mit Ausnahme der im § 328 hervorgehobenen „Viehseuchen", darunter versteht. Hiernach kommen für § 327 ansteckende Krankheiten in Betracht, die lediglich bei Menschen vorkommen, aber auch solche, die Menschen und Tiere gleichmäßig ergreifen können (RG. III 18. Okt. 90 E. **21** 121), ja an sich auch solche Krankheiten, die in anderer Form bei Menschen auf Grund von „Viehseuchen" sich entwickeln können; so: Berner S. 649, Schaper HH. **3** 908, v. Liszt S. 503 N. 1, Frank N. II 2. Allerdings kann die Verletzung von Vorschriften, die nur zur Verhütung von Viehseuchen erlassen sind, niemals unter § 327 fallen; sie richten sich nur gegen die Verbreitung der Viehseuchen als solcher mit dem Zwecke der Verminderung der durch diese verursachten Verluste am Viehstande; haben aber Vorschriften einen solchen beschränkten Zweck nicht, wie z. B. die zur Abwehr der Trichinenkrankheit (zit. RG. E. **21** 121), so gibt der wichtigere Zweck den Ausschlag zugunsten der Anwendbarkeit des § 327; RG. I 12. Okt. 93 E. **24** 332. Aus diesem Grunde hat zutreffend RG. II 25. Jan. 87 R. **9** 92 unter Billigung des zit. E. **24** 332 den § 327 für anwendbar erachtet bei Nichtbefolgung einer auf Tötung eines der Tollwut verdächtigen Hundes gehenden Anordnung, obgleich das ViehseuchenG. „die Tollwut der Haustiere" als „Viehseuche" bezeichnet; aber die in den §§ 34—36, 39 (vgl. auch § 65[4]) des G. bezeichneten Maßregeln bezwecken unmittelbar auch den Schutz der Menschen gegen die Tollwut der Haustiere. AM.: zit. Berlin O. **19** 417 (der Umstand, daß eine bei Tieren vor-

kommende Krankheit auch für Menschen ansteckend u. gefährlich sei, könne die Anwendung des § 327 nicht rechtfertigen gegenüber dem ViehseuchenG., das die btr. Krankheit als „Viehseuche" bezeichne), Hälschner 2 676 N. 1, Rüd.-St. N. 6.

Darauf, ob eine Krankheit wirklich „ansteckend" sei, kann es nicht ankommen, weil lediglich die Ansicht der zuständigen Behörde entscheidet; dem Zwecke, den diese bei Erlaß der Maßregeln 2c. verfolgt, läßt das Gesetz seinen Schutz angedeihen; folglich muß deren subjektive Auffassung über die Eigenschaft einer Krankheit als „ansteckende" maßgebend sein; aM. Schaper aO.

9) Absatz 2 betrifft einen i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. Die gebrauchte Wendung „Ist infolge 2c." ist gleichbedeutend mit „Ist durch diese Verletzung .. verursacht worden", ähnlich der im § 224 (das. N. 11_2) gebrauchten „zur Folge haben", so daß lediglich objektiv das Vorliegen eines ursächlichen Zusammenhanges erfordert wird; RG. IV 18. Jan. 01 E. 48 117, Binding Lb. 2 93, Hälschner 2 676, Schaper HH. 3 907, Oppenh.-D. N. 9.

10 a) Idealkonk. (§ 73) mit § 328 ist nach der N. 8 vertretenen Ansicht möglich (so auch: v. Liszt S. 503 N. 1, Frank N. IV), während sie nach den gegnerischen Ansichten (einerseits Berlin OTr., Hälschner u. Rüd.-St., andererseits Binding aO. 92 u. Rubo), wenn auch aus verschiedenen Gründen, ausgeschlossen ist.

b) Bei einer Idealkonk. mit dem Verg. aus VZG. § 134 ist nach § 158 das. neben der aus § 327 (§ 328) abzumessenden Gefängnisstrafe ausnahmsweise auf „Einziehung" zu erkennen; so die GM., insbs. RG. II 2. Nov. 88, IV 21. Dez. 94, E. 18 174, 26 319 (beide btr. § 328); aM.: ORA. zu diesem Urteile R. 10 623 N. 1, Binding Lb. 2 90 N. 1, Hälschner 2 677 N. 1, insofern sie Idealkonk. verneinen u. nur ein Delikt als vorliegend ansehen, das nach den sich ergänzenden Strafbestimmungen jener beiden §§. zu strafen sei. Dagegen ist auf die im zit. § 134 wegen Kontrebande angedrohte Geldstr. nicht zu erkennen, weil § 158 insoweit unmöglich die klare Vorschrift des § 134 wieder aufheben kann (RG. IV 1. Nov. 84 R. 6 679 btr. § 328, Oppenh.-D. § 73 N. 9, Rubo N. 6), wohl aber auf die nach § 135 das. wegen Defraudation verwirkte Geldstr. (neben Konfiskation), weil betreffs dieser eine gleiche Einschränkung nicht besteht, so daß die Geldstr. auch dann zur Anwendung kommt, wenn durch die Defraudationshdlg. zugleich ein anderes, eine schwerere Strafe androhendes Strafgesetz verletzt ist; RG. IV 24. Nov. 85 E. 13 69.

Wegen des Verhältnisses zum VZG. § 146 vgl. das zit. RG. E. 18 174, zum G. btr. Bekämpfung gemeingefährl. Krankheiten v. 30. Juni 1900 Winkler GS. 58 263 f.

11) Die Strafe ist Gefängnis (§ 16), u. zwar des einf. Verg. von 1 T.—2 J., des qualif. von 3 Mt.—3 J.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist: im Falle des Abs. 1 Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73^{1}, 75^{13};
im Falle des Abs. 2 Strafk.; GVG. §§ 73^{1}, 27.

§. 328.

Wer die Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens von Viehseuchen angeordnet worden sind, wissentlich verletzt, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

Ist in Folge dieser Verletzung Vieh von der Seuche ergriffen worden, so tritt Gefängnißstrafe von Einem Monat bis zu zwei Jahren ein.

PrStGB. § 307. Entw. I § 309, II § 325. StB. S. 742.

Vgl. zu Abs. 1: MStGO. § 63^{1}.

1) Unter „Viehseuchen", auf die insbs. § 328 (vgl. im allg. § 327 N. 1—7) sich bezieht, sind lediglich die ansteckenden Krankheiten der Tiere zu verstehen; sie brauchen

keinen epidemischen Charakter zu haben; so die OVR., insbs. Berlin 11. Nov. 74 St. 5 165. Meist versteht man den Ausdruck ausschließlich von Seuchen der Haustiere; allein eine solche Beschränkung, die z. B. das ViehseuchenG. § 1 (vgl. auch § 10) ausdrücklich vorsieht, enthält § 328 nicht; Binding Lb. 2 92 N. 1. Demgemäß ist in der Praxis des RG. für eine „Viehseuche" erachtet worden:

a. die Rinderpest; II 9. Dez. 79, 24. Feb., 4. Mai 80, R. 1 132, 383, E. 2 151;

b. die Tollwut gewisser Haustiere; IV 30. Jan. 85 E. 12 19;

c. der Rotz der Pferde; IV 14. Jan. 90 E. 20 177, II 2. Dez. 90 G. 39 53;

d. die Maul- und Klauenseuche der Schweine; I 13. Apr. 82 E. 6 159;

e. die Pockenseuche der Schafe; II 21. Okt. 79 E. 1 1.

2) Zu vergleichen sind: wegen des straferhöh. Umst. im Abs. 2: § 327 N. 9, wegen Idealkonk. (§ 73) mit § 327 sowie mit VZG. § 134: § 327 N. 10a, b. Übrigens wird § 328 durch die spezielleren Bestimmungen des G. gg. die Rinderpest v. 21. Mai 1878 §§ 1 f. ausgeschlossen (RG. I 2. Juli 83, III 30. Juni 84, 28. Apr., 28. Nov. 92, E. 9 190, 11 65, 23 107, 311, I 17. Sept. 83, IV 27. Jan. 85, R. 5 534, 7 57), während umgekehrt die in den §§ 65 ff. des ViehseuchenG. v. 1. Mai 1894 enthaltenen Strafvorschriften nach ausdrücklicher Bestimmung gegenüber dem eine höhere Strafe androhenden § 328 — unter Ausschluß der Möglichkeit einer Idealkonk. — zurücktreten; RG. IV 24. Sept. 95 E. 27 357.

Hat der Täter nicht gewußt, daß das von ihm wissentl. übertretene Einfuhrverbot zur Abwehr der Rinderpest erlassen sei u. ist deshalb nach § 59 das SonderG. v. 21. Mai 1878 unanwendbar, so kann Verurtlg. aus § 328 erfolgen, da der Irrtum, das Einfuhrverbot beziele die Verhütung einer anderen Viehseuche, als nicht ein Tatbestandsmerkmal betreffend bedeutungslos ist; zit. RG. E. 23 311 (vgl. § 327 N. 7_2).

Über den Fall des Zusammentreffens mit einer Konterbande (VZG. § 134), insbs. im ferneren Rückfall (das. § 141_1) vgl. RG. III 3. Apr. 05 E. 38 26.

3) Die Strafe ist Gefängnis (§ 16), und zwar des einf. Verg. von 1 T.—1 J., des qualif. von 1 Mt.—2 J.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren; wegen des Beginnes der Verjährung des qualif. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist: im Falle des Abs. 1 Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. §§ 73[1], 75[12]; im Falle des Abs. 2 Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 329.

Wer die mit einer Behörde geschlossenen Lieferungsverträge über Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges, oder über Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Nothstandes vorsätzlich entweder nicht zur bestimmten Zeit oder nicht in der vorbedungenen Weise erfüllt, wird mit Gefängniß nicht unter sechs Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Liegt der Nichterfüllung des Vertrages Fahrlässigkeit zum Grunde, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Gefängniß bis zu zwei Jahren zu erkennen.

Dieselben Strafen finden auch gegen die Unterlieferanten, Vermittler und Bevollmächtigten des Lieferanten Anwendung, welche mit Kenntniß des Zweckes der Lieferung die Nichterfüllung derselben vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit verursachen.

PrStGB. § 308. Entw. I § 310, II § 326. Aktenst. Nr. 92.

1) Im § 329 wird, wie im § 298 (das. N. 2), ein Fall des Vertragsbruches unter Strafe gestellt. Das gesetzgeberische Motiv für eine solche als Ausnahme sich darstellende

Strafandrohung bildet im Falle des § 329 die, in der voraussichtlichen Steigerung bestehender Notstände (Schaper HH. 3 906) liegende, abstrakte Gemeingefährlichkeit, welche die Verletzung eines der hier in Frage stehenden Verträge mit sich bringt; v. Liszt S. 506, v. Prittwitz, Rotering, G. 30 169, 31 275, Siebenhaar ZStrW. 4 280; dagegen zählt Laß Vertragsbruch d. Armeelieferanten (Marburg 1888) S. 10, 12, das Delikt aus § 329 zu den gemeingefährl. nur, soweit es um den Bruch von Lieferungsverträgen zur Abwendung eines Notstandes sich handele, während das Delikt im übrigen als solches „gegen die Kriegsmacht des Staates" aufzufassen sei, also zwar auch als Gefährdungsdelikt, aber nicht als gemeingefährliches. Vgl. auch Hälschner 2 681, nach dem im letzteren Fall zwar nur abstrakte, in jenem aber konkrete Gemeingefahr erfordert sein soll.

2) Vorausgesetzt wird der Abschluß gewisser Lieferungsverträge mit einer „Behörde".

a) Sind hiernach vor allem „Verträge" erforderlich, so kommen zwangsweise ausgeschriebene Lieferungen nicht in Betracht; Geyer 2 120, Schaper HH. 3 909, Frank N. 1, v. Schwarze N. 2, Laß aO. 32, Löber Strafb. Nichterfüllung v. Lieferungsverträgen (Diss. Göttingen 1889) S. 19. Die Verträge müssen „Lieferungen" zum Gegenstande haben; dieser Ausdruck war nicht i. e. S. des alten HGB. Art. 271 ² zu verstehen; Binding Lb. 2 101 N. 4; es sprechen dagegen nicht nur gesetzgeberische Gründe (vgl. Laß aO. 33), sondern namentl. auch der Umstand, daß der abgeschlossene Vertrag, dessen Bruch für strafbar erklärt wird, nach dem jeweilig maßgebenden Zivilrecht zu beurteilen ist; Löber aO. 20.

b) Die Lieferungsverträge müssen mit einer „Behörde" (§ 114 N. 1) abgeschlossen sein, keineswegs übrigens notwendig mit einer staatlichen Behörde (aM. Rüd.-St. N. 1); auch ist es nicht erforderlich, daß der Täter direkt mit der Behörde abgeschlossen habe, denn nach Abs. 3 sind auch die Unterlieferanten, die mit der Behörde nichts zu tun gehabt haben, strafbar; so in beiden Beziehungen Laß aO. 35 u. Löber aO. 21.

3) Als Gegenstände der Lieferung werden nur genannt:

a) „Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges". Daß es um einen „Krieg", der dem DR. droht o. in den dieses verwickelt ist, sich handeln muß, ist wohl selbstverständlich (vgl. T. II Abschn. 6 N. 1); Binding Lb. 2 102. Auch wird infolge des Gebrauchs der bestimmten Artikel vor „Heer" u. „Marine" lediglich an das Deutsche Heer und die Kaiserl. Marine zu denken sein; so: v. Liszt S. 529 N. 1, Laß aO. 75; weitergehend Binding aO., der auch die Bundesgenossen D's heranzieht. Mit Recht sieht die GM. es nicht für notwendig an, daß der Vertrag selbst in Kriegszeiten, d. h. in der Zeit, wo der Krieg in Sicht war, bis zum Abschluß des Friedens (Binding aO.), abgeschlossen sei. Aber auch das ist noch zu weitgehend, wenn die herrschende M. das Erfordernis aufstellt, daß die Lieferung während der Zeit eines Krieges fällig sein müsse; vielmehr genügt es, daß der Gegenstand der Lieferung ein Bedürfnis des Heeres im Kriege befriedigen sollte; Berner S. 651, Binding aO., Geyer 2 120, v. Liszt S. 505, Rubo N. 2, Laß aO. 39, Löber aO. 25.

b) „Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Notstandes", d. h. hier (vgl. § 302a N. 10a) einer Notlage, die zur Rettung der in solche geratenen Bevölkerung deren Unterstützung durch Lebensmittel erfordert; außer „Hungersnot", die Hälschner 2 682, Schaper HH. 3 909, Oppenh.-D. N. 2 u. Rüd.-St. N. 2 verlangen, können noch Notlagen durch Epidemien in Betracht kommen, insofern deren Bekämpfung besondere Lebensmittel erfordert; Geyer 2 120; vgl. Löber aO. 27 f. Weiter geht v. Liszt S. 505 N. 2, der nicht nur „Lebensmittel" hierher rechnet, sd. „materielle Hilfe" überhaupt, wie Kleidung, Wohnung, Beheizung.

4) Nach der Ausdrucksweise des § 329 (Abss. 2, 3) liegt i. S. desselben „Nichterfüllung des Vertrages" (Abs. 2) vor, wenn „entweder nicht zur bestimmten Zeit oder nicht in der vorbedungenen Weise" erfüllt ist; so Dochow HRl. „Vertragsverletzg.", während andere noch neben diese beiden, eine alternative Feststllg. (§ 47 N. 29) zulassenden (Wertheimer Mischgesetze S. 65), Arten die völlige Nichterfüllung stellen, was unnötig, da letztere formal schon unter die „Nichterfüllung zur bestimmten Zeit" fällt; Laß aO. 30, Löber aO. 29.

Wird „vertragswidrig" mangelhafte Ware geliefert, so ist nicht „in vorbedungener Weise" erfüllt; so: Schaper HH. 3 910, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 3; wenn v. Schwarze N. 3 meint, es könnten minder wesentliche Mängel in der Lieferung nicht hierher gerechnet werden, so ist diese allgemeine Verneinung unrichtig, vielmehr ist darüber nach den Grundsätzen des maßgebenden Zivilrechts zu entscheiden; Binding Lb. 2 102, Laß aD. 31 f., Löber aD. 31. Übrigens kann die Geringfügigkeit des Mangels auch für die Frage der subjektiven Verschuldung (N. 5, 6) ins Gewicht fallen.

5) Die „vorsätzliche" Nichterfüllung (Abs. 1, 3) bedingt die Kenntnis von dem Zwecke, zu dem der Vertrag abgeschlossen ist; so die GM. Was so bezüglich des „Lieferanten" selbst (Abs. 1) aus dem Begriff des „Vorsatzes" folgt, ist bezüglich der „Unterlieferanten, Vermittler u. Bevollmächtigten des Lieferanten" im Abs. 3 ausdrücklich hervorgehoben.

6) Auch der Tatbestand des „fahrlässigen" Vertragsbruches (Abs. 2, 3) erfordert die Kenntnis des Zwecks der Lieferung. Hierfür spricht nicht nur der Fall des Abs. 3, wo diese Kenntnis ausdrücklich verlangt wird, sondern auch der Wortlaut des Abs. 2, der voraussetzt, daß der „Nichterfüllung", nicht etwa auch einem anderen Tatbestandsmerkmal, Fahrlässigkeit zugrunde liegt. Sonach ist, obschon dem Vertragbrüchigen die Kenntnis von dem Zwecke der Lieferung aus „Fahrlässigkeit" fehlte, dennoch der Tatbestand eines fahrl. V. aus § 329 nicht gegeben; so: Geyer 2 120, Hälschner 2 682, v. Liszt S. 506, Frank N. II 2, Laß aD. 47; aM. Binding Lb. 2 103, ferner v. Prittwitz G. 30 169, der einerseits jene Kenntnis nur bei den im Abs. 3 bezeichneten Personen verlangt, andererseits aber bei diesen eine auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis zur Bestrafung für ausreichend hält; eine Mittelmeinung vertritt Löber aD. 36 ff.

Nach obiger Auffassung verhält sich das fahrlässige Delikt aus Abs. 2, 3 des § 329 zu dem vorsätzlichen aus Abs. 1, 3 das. ganz gleichartig wie die fahrlässigen Delikte aus § 326 zu den vorsätzlichen aus §§ 321—324 (vgl. § 326 N. 2, 3), eine Gleichartigkeit, die noch dadurch erhöht wird, daß Abs. 2 des § 329, wie § 326 (das. N. 4), ferner erfordert, daß „durch die Handlung ein Schaden verursacht worden" sei, ohne daß dessen Eintritt auf Fahrlssgkt. des Täters zu beruhen braucht; aM. Binding aD., auch wohl Laß aD. 61. Übrigens wird dieses Erfordernis auch bei dem Fahrlässigkeitsdelikt aus Abs. 3 stillschweigend vorausgesetzt; Berner S. 651, Binding aD., Dochow HRl. „Vertragsverletzg.", Frank N. II 2, Laß aD. 53.

Hinsichtlich des „Schadens" selbst gilt das § 326 N. 4₂ Ausgeführte entsprechend. Das Ausbleiben der Lieferungen selbst ist nicht darunter zu verstehen. Andererseits aber ist er nicht darauf zu beschränken, daß Bedürfnisse des Heeres unbefriedigt bleiben oder daß der Notstand nicht abgewendet bzw. nicht beseitigt wird; so reicht auch ein pekuniärer Schaden hin, den die Militärverwaltung durch Abschluß anderweitiger Lieferungsverträge erleidet; so: H. Meyer S. 705, Rüd.-St. N. 4; aM.: Binding aD. 101, Geyer 2 120, v. Liszt S. 506, Frank N. II 2, Laß aD. 52, Löber aD. 45.

7) Die Hauptstrafe des vorsätzl. Verg. ist Gefängnis von 6 Mt.—5 J. (§ 16), neben dem nach dem Schlußsatz des Abs. 1 i. V. mit § 32 VbGR. erkannt werden kann.

Die Strafe des fahrl. Verg. ist Gefängnis von 1 T.—2 J.

Wegen „Dieselben Strafen finden Anwendung" im Abs. 3 vgl. § 49a N. 21₂.

8) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren. Wegen des Beginnes der Verjährung des fahrl. Verg. vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 330.

Wer bei der Leitung oder Ausführung eines Baues wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst dergestalt handelt, daß hieraus für Andere Gefahr entsteht, wird mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

PrStGB. § 202. Entw. I § 204, II § 327.

1) Der Tatbestand aus § 330 erfordert zunächst eine Verletzung, nämlich des Gebots, daß bei der Leitung oder Ausführung eines Baues (N. 2—4) die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst zu beachten seien. Das im § 330 behandelte Delikt ist folglich ein echtes Unterlassungsdelikt, das jedoch häufig durch eine positive die Leitung oder Ausführung eines Baues betreffende Maßregel, also durch eine Hdlg., begangen wird (§ 1 N. 3b); insoweit übereinstimmend RG. III 4. Jan. 83 R. 5 8, Binding Lb. 2 105 u. Frank N. III, als sie das Verg. gleichmäßig durch Handlungen o. Unterlassungen begehbar erachten.

Aus dieser Natur des Deliktes erklärt es sich auch, daß die Zuwiderhandlung an sich, ohne Rücksicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit, unter Strafe gestellt ist; beide Schuldarten werden durch das Gesetz getroffen (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4_2); so die GM., insbs. RG. zit. R. 5 8, II 28. Nov. 90, IV 4. Jan. 91, G. 38 444, 46 110. Ist auch die Anwendbarkeit des § 59 (das. N. 12) grundsätzlich nicht auszuschließen (Geyer 2 121, Rubo N. 4), so kann doch die Nichtkenntnis der allg. anerkannten Regeln der Baukunst Schuldlosigkeit nicht begründen, da sie bei dem Leiter bzw. Ausführer eines Baues stets „durch Fahrlässigkeit verschuldet" sein würde; Rüd.-St. N. 6, v. Prittwitz G. 30 169.

2) Unter einem „Bau" i. S. des § 330 ist — dem Zwecke der Gesetzesvorschrift entsprechend — jede in das Gebiet der Bautätigkeit, der Ausübung des Bauhandwerks, fallende Tätigkeit zu verstehen, für deren Vornahme allg. anerkannte Regeln der Baukunst von solcher Bedeutung, daß ein Zuwiderhandeln gegen sie mit Gefahr für andere verbunden ist, bestehen. So RG. IV 23. Jan. 94, I 27. Apr. 96, E. 25 90, 28 318 (früher abweichend E. 21 142), das deshalb auch eine Abbruchsarbeit hierher rechnet, u. zwar ohne Unterschied, ob sie als Vorarbeit für die Errichtung eines neuen Gebäudes dient o. nicht; ebenso: Binding Lb. 2 104 (jedoch nicht Zerstörung durch Sprengstoffe), H. Meyer S. 705, Frank N. I. Vgl. auch RG. I 17. Sept. 96 E. 29 71 über den Begriff eines Baues, insbs. eines „Neubaues" u. seines Verhältnisses zum Rohbau. Gleichgültig ist es, ob es um einen „Hochbau" oder um einen anderen Bau (insbs. Wasser-, Straßen- u. Bergbau) sich handelt; RG. I 10. Nov. 92 E. 23 277, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 3.

Was Reparaturen eines Bauwerks anbetrifft, so können auch diese einen „Reparaturbau", also immerhin einen „Bau", darstellen; zit. RG. E. 21 142, Dochow HRl. „Gemeinges.V.", Hälschner 2 679 N. 2, Schaper HH. 3 911 N. 1, Frank N. I, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 3.

3) Subjekt des Verg. kann, bei der in dieser Beziehung bestehenden unbeschränkten Gewerbefreiheit, ein jeder sein, der „bei der Leitung der Ausführung eines Baues" beteiligt ist, also namentl. auch jemand, der nicht vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes verpflichtet ist, die „allgemein anerkannten Regeln der Baukunst" zu kennen.

a) Die „Leitung eines Baues" geschieht durch den, nach dessen Anordnungen in der Gesamtheit technisch die Errichtung eines Baues als Ganzes zu geschehen hat, mag er auch bestimmte Arbeiten, wie z. B. die Maurerarbeiten, in Akkord gegeben haben, während wer nur einzelne für den Bau als Ganzes nebensächliche Arbeiten anordnet, nicht „Leiter" ist; RG. III 13. Nov. 90, 12. Nov. 91, I 15. Juni 03, G. 38 439, 39 323, 50 390 (auch der „Bauherr" könne Bauleiter sein); auch Berlin KG. 16. Feb. 02 Jahrb. 23 C 101 (Bauleiter sei nicht der „Bauunternehmer" als solcher, sd. wer die Errichtung des Bauwerks tatsächlich betreibe). Die tatsächliche Gestaltung des Verhältnisses zum Bau entscheidet somit, ohne daß, etwa wie nach § 316_2, die Strafbarkeit von einer Anstellung o. Bestellung als Leiter des Baues — also von einem Rechtstitel auf seiten des Leitenden — abhängig gemacht wäre; RG. II 7. Mai 97, III 31. März 98, G. 45 263, 46 209 (letzteres mit der Ausführung, entscheidend sei die Art der Tätigkeit, indem begrifflich nur Bauleiter sein könne, wer die mechan. Kräfte für die planmäßige Gestaltung des Baues als eines Ganzen durch geistige Urheberschaft unmittelbar in Bewegung setze). Zur „Leitung" eines Baues gehört namentl. auch die Überwachung der angestellten Arbeiter; Oppenh.-D. N. 3. Im übrigen vgl. über den Umfang der Verpflichtung des Bauleiters dessen Ausführung im einzelnen vorzuschreiben u. zu überwachen RG. III 6. Juni 01 G. 48 353.

b) Die „Ausführung eines Baues" umfaßt alle Arbeiten, die zur Herstellung des Baues gehören, einen Teil des Baues bilden; RG. I 10. Nov. 92 E. 23 277. Deshalb gehört zur Bauausführung namentl.: die Herstellung eines Baugerüstes; RG. III 12. März 88 R. 10 242; die Schaffung von Terrain durch Beseitigg. von Felswänden behufs Erweiterung des Bahnkörpers; zit. RG. E. 23 277; die den Bau vorbereitenden Erdarbeiten, wie Ausschachtung der Baustelle; Stuttgart 29. Sept. 75, Berlin 7. März 77, St. 6 44, 7 188, Dresden OLG. 20. Okt. 04 SächsA. 26 453, Hälschner 2 679, Oppenh.-D. N. 1, Rüd.-St. N. 3; aber auch die Errichtung der Schutzmaßregeln für das Publikum, insbs. der Absteifungen (N. 5_3) sowie der Baugerüste. Die Ausführung erfolgt durch die an dem Bauen unmittelbar beteiligten Personen, die also die notwendigen Arbeiten entweder selbst vornehmen oder durch ihre Bediensteten vornehmen lassen (zit. RG. G. 39 323), insonderheit durch die Bauhandwerker (Berner S. 651) und Bauarbeiter (Oppenh.-D. N. 4); mit Recht hat das zu a zit. RG. G. 50 390 angenommen, daß in der bloßen Anfertigung des Planes und der Zeichnung, nach denen die Bauausführung geschah, eine Mitwirkung bei dieser nicht ohne weiteres zu finden sei; Schaper HH. 3 911 N. 1, Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 3.

4) Die „Regeln der Baukunst", die § 330 im Auge hat, müssen „allgemein", d. h. im Kreise der die Baukunst bzw. deren Zweige Betreibenden, nicht notwendig auch im Laienkreise, „anerkannte" sein, weshalb es nicht genügt, daß sie nach wissenschaftl. Erkenntnis als richtig u. unanfechtbar sich darstellen; RG. IV 26. Juni 91 G. 39 208, Binding Lb. 2 105. Im übrigen ist die Frage, ob solche Regeln verletzt seien, eine tatsächliche; Berlin 19. Sept. 76 G. 24 605.

5) Der Tatbestand des § 330 erfordert ferner eine Gefährdung, indem nämlich die in N. 1—4 gekennzeichnete Verletzung „dergestalt" sein muß, daß „hieraus für andere Gefahr entsteht".

a) Unter der Gefahr „für andere" ist, wie im § 321 (vgl. das. N. 7), eine solche „für das Leben oder die Gesundheit anderer" zu verstehen. Für den entsprechenden § 207 des PrStGB., der in dem Titel „Körperverletzung" seine Stellung hatte, konnte dieses einem Zweifel nicht unterliegen; die Änderung aber der systematischen Stellung im RStGB. wurde, nach den Motiven zum Entw. II § 228, mit Rücksicht darauf vorgenommen, daß „Fahrlässigkeiten dieser Art, die Gesundheit und Leben anderer leicht der erheblichsten Gefahr aussetzten, nicht bestimmte Personen treffen, sondern eine gemeine Gefahr mit sich führen". So die GM., insbs. RG. III 11. Feb. 82 E. 6 129. Das fragliche Erfordernis liegt übrigens namentl. auch dann vor, wenn die Bauarbeiter selbst (so die GM., insbs. RG. IV 7. Juni 98 E. 31 180) oder die Bewohner eines Hauses (RG. III 28. Sept. 95 E. 27 388) gefährdet wurden.

b) Notwendig ist, daß das, was geschehen ist, die Gefährdung mit sich bringe, daß die Gefahr also in der Gegenwart vorhanden sei; RG. II 22. Nov. 81 E. 5 254, zit. E. 31 180, Geyer 2 121, Hälschner 2 681, v. Liszt S. 506, Siebenhaar ZStrW. 4 288. Deshalb findet § 330 zwar Anwendung auf Gefährdung durch Herbeiführung eines nicht für die Dauer berechneten baulichen Zustandes, falls letzterer nur überhaupt einen solchen Zeitraum umfaßte, daß tatsächlich vom Vorhandensein einer Gefährdung anderer gesprochen werden konnte (zit. RG. E. 31 180), nicht dagegen, falls ein schädigendes Ereignis erst in der Zukunft zu gewärtigen war, solcher Eintritt aber vom Willen des Bauleiters abhängig und dieser ihn zu hindern willens und imstande war, auch dementsprechende Maßregeln getroffen hatte (zit. RG. E. 31 180), oder, wenn der beabsichtigte, jedoch polizeilich untersagte Weiterbau gefährdet haben würde; so: zit. RG. E. 5 254, Binding Lb. 2 105. Im übrigen ist aber der ursächliche Zusammenhang zwischen der Zuwiderhandlung und der Gefährdung für vorliegend zu erachten, sobald bei ordnungsmäßiger Verwendung des hergestellten Bauwerks infolge der begangenen Fehler — mögen sie bestanden haben in der technischen Anordnung o. in Verstößen wider hygienische Grundsätze (zit. RG. E. 27 388) — Leben oder Gesundheit anderer bedroht erscheint, ohne Unterschied, ob die Verwendung des Gebäudes schon ins Leben getreten und ob folglich bestimmte Personen als

Gefährdete bereits individuell bezeichnet werden können, oder ob z. B. die künftigen Bewoher des Hauses als gefährdet angesehen werden müssen; RG. zit. E. 6 129, II 28. Nov. 90 G. 38 444; ähnlich: Binding aO., Geyer 2 121, Schaper HH. 3 911, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 4; abweichend Frank N. V. Daß der Eintritt des Schadens zuf. des Kunstfehlers mit Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevorstehen müsse, ist keine Voraussetzung; die Gefahr kann vielmehr durch ein künftig eintretendes Ereignis, z. B. den Ausbruch eines Brandes, bedingt sein; RG. I 1. Nov. 00 G. 47 442 (btr. Gefährdung durch Nichterrichtung einer, nach den Umständen erforderlichen Brandmauer). Begründete ein Bauwerk, wie es bei der baupoliz. Revision sich darstellte, bereits Gefahr für andere, so liegt der Tatbestand vor, auch wenn die weitere Gefährdung durch die baupoliz. Revision abgewendet wurde; RG. III 28. März 87 R. 9 203.

Übrigens ist es nicht erforderlich, daß durch den Bau selbst, d. h. das errichtete Bauwerk, die Gefahr entsteht, vielmehr reicht es aus, wenn sie durch das Nachbargebäude, z. B. die nicht genügend abgesteifte Seitenwand desselben, herbeigeführt wird; RG. IV 3. Apr. 91 G. 39 208, Berner S. 652.

6) Wird das Verg. vorsätzlich (N. 1_2) begangen, so sind jedenfalls Teilnahmehdlgen möglich, und zwar auch seitens dritter Personen, die nicht Täter sein können (§§ 48 N. 20, 49 N. 20; RG. IV 4. Jan. 98 G. 46 110), während die GM. solche bei fahrl. Begehung für unmöglich hält (§§ 48 N. 18, 49 N. 18). Bei gemeinschaftl. Ausführung eines Baues kann aber jeder Ausführende wg. fahrl. Zuwiderhdlg. gg. § 330 verantwortlich sein.

7) Eine Idealkonk. (§ 73) mit den Verg. aus § 222 bzw. § 230 kann vorliegen, sobald die Zuwiderhandlung im Einzelfall auf Fahrlässigkeit beruhte (N. 1_2) und durch die fahrlässige Zuwiderhandlung der Tod oder die Körperverletzung eines Menschen verursacht wurde; so die GM.; aM. Binding Lb. 2 105, der unterscheidet je nachdem alle Gefährdeten verletzt werden, in welchem Falle § 330 ausscheide, oder nur einzelne, wobei Idealkonk. Platz greife.

8) Die Strafe ist wahlweise Geldstr. von 3—900 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T. bis 1 J. (§ 16); jene kann als „an erster Stelle" angedroht, gemäß § 28_2 (das. N. 6b) im Falle der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren. Der Beginn der Verjährg. tritt nach § 67_4 jedenfalls mit der Vollendung u. Abnahme des Baues ein; RG. II 2. Nov. 83, IV 30. Nov. 94, E. 9 152 26 261 (vgl. übrigens §§ 67 N. 10, 11, 73 N. 36b).

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

Achtundzwanzigster Abschnitt.
Verbrechen und Vergehen im Amte.

1) Wenn man die Amtsdelikte einteilt in eigentliche und uneigentliche bzw. in reine und gemischte (eine Einteilung, die Hälschner 2 1025 bevorzugt, während Oppenheim Rechtsbeugungsverbr. S. 20 f. diese Einteilungen überhaupt verwirft, da ein Verbr. entweder ein Amtsverbrechen oder ein gemeines Verbr. sei), so werden unter „Amtsdelikten im eigentlichen Sinne" meist (vgl. H. Meyer S. 678, Schütze S. 521 u. HRL. „Amtsverbr.") die kriminell strafb. Verletzungen derjenigen besonderen Normen verstanden, die nur die Klasse der Beamten verpflichten (Binding Grundr. S. 72), also die delicta propria der Beamten. Allein diese Auffassung bedarf einer Berichtigung; denn bei dem verschiedenen Umfange der Begriffe „Amt" und „Beamter" (§ 31 N. 7, 10) sind auch die mit der „Verwaltung eines Amtes" verbundenen Pflichten nicht gleichbedeutend mit den „Pflichten eines Beamten"; Laband Staatsr. 1 403. Die besonderen, den Amtsdelikten zugrunde liegenden Normen richten sich deshalb auch nicht bloß an die Beamten, sondern vielmehr an die mit Verwaltung eines Amtes betrauten Personen, mögen sie Beamte sein oder nicht. Gilt dieses schon im allgemeinen, so namentl. für das StGB. (vgl. einmal die §§ 31 u. 359 miteinander, dann den Inhalt des Abschn. 28), in dessen Sinne sonach eigentliche „V. u. V. im Amte", wie die Überschrift des Abschn. 28 nach obigem korrekter statt

„Amtsverbr. u. =Vergehen" sagt, diejenigen V. u. V. sind, die nur von einem mit der Verwaltung eines Amtes Betrauten begangen werden können; vgl. v. Liszt S. 575, nach dem StGB. seien Amtsdel. die im Abschn. 28 mit öffentl. Strafe bedrohten pflichtwidrigen Hdlgen sowohl der Beamten i. e. S. als auch anderer mit der Verwaltung von Amtsgeschäften betrauter Personen.

Eigentl. Amtsdel. in diesem S. finden sich im StGB. T. II Abschn. 28 in den §§ 331, 332, 334_1, 336, 338, 339, 343, 344, 345, 346, $348_{1,2}$, (349), 351, 352, 353, 353a, 354, 355, 356, 357.

Die durchgängig aufgestellte Behauptung, daß eigentl. Amtsdel. ausschließlich im Abschn. 28 aufgestellt seien, ist aber nicht richtig; so enthält z. B. § 174[2] gleichfalls den Tatbestand eines eigentl. Amtsdel., da durch die Vornahme unzüchtiger Hdlgen mit Personen, gegen die eine Untersuchung geführt wird oder die amtlicher Obhut anvertraut sind, eine allgemeine Norm in kriminell strafb. Weise nicht verletzt wird; v. Liszt S. 576.

2) Uneigentliche Amtsdelikte heißen diejenigen kriminell strafb. Verletzungen der allgemeinen, an alle sich wendenden Normen seitens einer mit Verwaltung eines Amtes betrauten Person, wenn sie eben wegen ihrer Verübung durch eine solche, und zwar ev. im Zusammenhange mit dem Amte, mit besonderer Strafe bedroht sind, wenn also die hervorgehobene Eigenschaft des Täters ev. in Verbindung mit einem Amtsmißbrauche einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet. Auch hier handelt es sich um den Gegensatz des allgemeinen und besonderen Rechtes, doch ist er lediglich auf das Strafgesetz, nicht, wie bei den eigentlichen Amtsdelikten, zugleich auf die Norm zu beziehen; Binding Grundr. S. 73.

Uneigentl. Amtsdelikte finden sich sowohl im Abschn. 28, nämlich in den §§ 340, 341, 342, 347, 348_2 (349), 350, 354, 355, 357, als auch außerhalb desselben; vgl. Binding Hb. 1 433 N. 5, v. Liszt S. 576, Hälschner 2 1027.

3) Als Subjekt erfordern die Amtsdelikte entweder:

a. unbedingt einen Beamten i. S. des § 359; so in den Fällen der §§ 331, 332, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 353a, 354, 357, die deshalb zugleich als Beamten-Delikte sich darstellen, oder

b. einen Beamten oder eine mit der Verwaltung eines Amtes betraute Person; so in den Fällen der §§ 334_1, 336, 352, 355, 356, wo es sonach um Beamten-Delikte sich nicht zu handeln braucht.

Die aus §§ 333, 334_2 strafb. Delikte, die als Subjekt lediglich eine Privatperson erfordern, gehören deshalb überhaupt nicht zu den Amtsdelikten; vgl. jedoch § 331 N. 1.

4) Subjekt des Amtsdeliktes (N. 3 a, b) kann sein:

a. der Verwalter eines jeden Amtes in den Fällen der sog. allgemeinen Amtsdelikte, d. h. denjenigen der §§ 331, 332, 340, 341, 342, 347, 348_2, 349, 350;

b. nur der Verwalter eines bestimmten Amtes in den Fällen der sog. besonderen Amtsdelikte, d. h. derjenigen der §§ 334_1, 336, 338, 339, 343, 344, 345, 346, 348_1 (349), 351, 352, 353, 353a, 354, 355, 356, 357 (vgl. jedoch H. Meyer S. 678 N. 4).

5) Notwendig ist, daß das Subjekt eines Amtsdel. zur Zeit der Tat Verwalter des btr. Amtes sei; die Begehung nach Ausscheiden aus dem Amte kann ein Amtsdel. auch dann nicht darstellen, wenn eine Beziehung zu dem früher bekleideten Amte obwaltet; RG. II 9. Juli 80 R. 2 181 (btr. § 350), IV 17. Jan. 02 E. 35 75 (btr. § 348_2), Hälschner 2 1034, Oppenh.-D. § 348 N. 1; vgl. jedoch wg. einer Ausnahme § 353a N. 3_2. Andererseits ändert ein Ausscheiden aus dem Amte nach der Tat den Charakter des Deliktes nicht.

6) Die aus Abschn. 28 strafb. Amtsdelikte haben zur Voraussetzung, daß sie von dem Verwalter eines inländischen Amtes begangen werden (vgl. T. II Abschn. 6 N. 1). Dagegen ist es gleichgültig, ob der Verwalter des Amtes selbst Inländer oder Ausländer ist; Binding Hb. 1 432, Hälschner 2 1035, v. Schwarze N. 5.

Wegen der Amtsdel. der Personen des Soldatenstandes und der Militärbeamten vgl. MStGB. §§ 145, 153 f.

7) Wegen Bestrafung der im Auslande begangenen Amtsdel. vgl. § 4[1], insbs. N. 10c.

8) Für die Teilnahme (T. I Abschn. 3) an Amtsdel. ist der Unterschied zwischen

eigentlichen (N. 1) und uneigentlichen (N. 2) Amtsdel. von Bedeutung. Freilich ist bei allen Amtsdel. die Teilnahme eines Dritten als Anstifters o. Gehilfen (§§ 48 N. 20, 49 N. 20) denkbar, aber nur bei den uneigentl. Amtsdel. eine Teilnahme als Mittäter (§ 47 N. 20). Bei der Bestrafung eines solchen Mittäters findet ebenso wie bei derjenigen eines Anstifters oder Gehilfen zu einem Amtsdel. § 50 (vgl. das. N. 2, 4 I e) Anwendung.

9) Bei der Frage nach der Regelung der Materie der Amtsdelikte fällt entscheidend ins Gewicht, daß Abschn. 28 die Amtsdel. keineswegs zusammenfassend behandelt (N. 1, 2); deshalb können auch die „Amtsdelikte" nicht als einheitliche Materie i. S. des EG. § 2 aufgefaßt werden und muß vielmehr bei den einzelnen Amtsdel. untersucht werden, welche Materie geregelt sei; doch ist selbstverständlich, daß die landesgesetzl. Bestimmungen nicht auf Reichsbeamte sich erstrecken dürfen, sowie daß eine Qualifikation der im Abschn. 28 selbst vorgesehenen Delikte seitens der Landesgesetzgbg. unzulässig ist. So: Binding Hb. 1 320, Hälschner 1 115, 2 1035, H. Meyer S. 678, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 4, Heinze RLstrafr. S. 32. AM.: Schütze S. 524 N. 10, v. Schwarze N. 3, die Landesgesetze über kriminelle Bestrafung von Amtsdel. seien unbedingt aufgehoben, während Rubo S. 985 sogar auch die Landesdisziplinargesetze für kraftlos erachtet (vgl. dagegen oben EG. § 5 N. 6); nach H. Seuffert, v. Stengels Wörterbuch d. D. Verwaltungsrechts 1 48, soll die zusammenfassende Behandlung im Abschn. 28 u. in der Überschrift des Abschn. eine Vermutung dafür begründen, daß die Verfasser, Berater u. Beschließer des StGB. die „V. u. V. im Amte" als eine im StGB. geregelte Materie sich vorgestellt hätten. Eine Mittelmeinung vertritt Meves HH. 3 390 dahin, daß die Materie der eigentl. Amtsdel. geregelt, dagegen der Landesgesetzgbg. das Gebiet der uneigentl. Amtsdel., sofern sie nicht ausdrücklich im StGB. mit Strafe bedroht seien, überlassen geblieben sei.

10) In prozessualer Beziehung vgl. EGGVG. § 11.

§. 331.

Ein Beamter, welcher für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung Geschenke oder andere Vortheile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

PrStGB. § 309, Entw. I § 311, II (fehlt). Aktenst. Nr. 119 13, **182** 46. **StB. S. 742—744, 1175.**
Vgl. §§ *335, 358.*

Zu §§ 331—335 N. 1.

1) Die §§ 331—335 behandeln die Materie der Bestechung i. w. S. Soweit sie auf der einen — aktiven — Seite ein Versprechen o. Gewähren von Vorteilen, auf der anderen — passiven — Seite ein Sichversprechenlassen o. Annehmen von solchen voraussetzen, „liegen zwei sich begegnende und im Zusammentreffen, nämlich im Abschluß der rechtswidrigen Übereinkunft, sich vereinende Tätigkeiten je eines Subjektes vor, welche im Zusammenfluß den Tatakt eines unteilbaren Deliktes bilden"; es steht also ein Fall der sog. notwendigen Teilnahme (T. I Abschn. 3 N. 11) mit gegenseitigem Zusammenwirken in Frage; Schütze S. 527 f. u. Notw. Teiln. S. 339, 318, Teichmüller Bestechung S. 15; vgl. dagegen Binding Lb. 2 716. Da nun, vom „Schiedsrichter" abgesehen (§ 334 N. 6), auf der einen Seite der Verwalter eines Amtes (nicht notwendig ein Beamter) erfordert wird, auf der anderen nicht, so bildet die Bestechung als subjektiv gemischtes Delikt an sich ein Mittelglied zwischen den delicta communia einerseits u. den delicta propria der Beamten andererseits; Schütze Notw. Teiln. S. 339.

Das StGB. hat nun zwar jenen Charakter des Deliktes dadurch beeinflußt, daß es die Bestechung bereits für vollendet ansieht auf der aktiven Seite durch ein bloßes „Anbieten", auf der passiven durch ein „Fordern"; denn das sind rein einseitige Tätigkeiten. Dieses mußte auch eine äußere Sonderung der Fälle der aktiven Bestechung von denen der passiven mit sich führen; so ist dem § 332 der § 333, dem Abs. 1 des § 334 der Abs. 2 gegenübergestellt. Indem aber der Gesetzgeber bei der Bestechung i. e. S., und zwar

sowohl bei der einfachen (§§ 332, 333) als auch bei der sog. richterlichen (§ 334), ausdrücklich die aktive in einem „Anbieten, Versprechen oder Gewähren von Vorteilen" bestehende Tätigkeit mit Strafen bedrohte, dem pflichtwidrigen „Annehmen, Fordern oder Sichversprechenlassen von Vorteilen" (§ 331) ein strafbares „Anbieten, Versprechen oder Gewähren von Vorteilen für an sich nicht pflichtwidrige Handlungen" jedoch nicht gegenüberstellte, brachte er damit negativ zum Ausdruck, daß diese Hdlgen, abgesehen von Strafandrohungen in besonderen durch EG. § 2_2 aufrechterhaltenen Bestimmungen (vgl. z. B. VZG. § 160), überhaupt nicht strafbar sein sollen, auch dann nicht, wenn sie im Einzelfalle als Anstiftung o. Beihilfe zum Verg. aus § 331 sich darstellen würden (T. I Abschn. 3 N. 9a). So die GM., insbs. RG. I 17. Dez. 85 E. 13 181.

Zu §§ 331, 332, 334 Abs. 1. N. 2—5.

2) Die sog. passive Bestechung i. w. S. ist ein eigentliches Amtsdel. (Abschn. 28 N. 1), welches erfordert, daß der Täter „Geschenke oder andere Vorteile" (N. 3) für eine Amtshandlung „annimmt, fordert oder sich versprechen läßt" (N. 4).

3a) Wie aus der Verbindung mit den an erster Stelle genannten „Geschenken" klar erhellt, kommen nur solche „Vorteile" in Betracht, die von seiten des Gewährenden als freiwillige Leistungen sich darstellen, also als solche gefordert, gegeben o. versprochen werden; anderenfalls greifen möglicherweise andere Strafbestimmungen Platz; so die GM., insbs. RG. IV 13. März 85 R. 7 175, I 4. März 89, II 16. Dez. 98, E. 19 62, 31 389; vgl. jedoch Simonson Vorteil S. 77 f. Der freiwillig gegebene, das Maß der geschuldeten Gebühren überschreitende Teil ist aber zweifellos ein „Vorteil"; RG. I 24. Juni 80 R. 2 108, Oppenh.-D. N. 7, Simonson aO. 79.

b) Unter „Geschenken" sind Zuwendungen von Vermögenswert aus den eigenen Mitteln des Gebenden zu verstehen, während „Vorteile" auch aus dem Vermögen anderer stammen können; Teichmüller Bestechung S. 17. Im übrigen aber ist der Begriff der „Vorteile" nicht auf Vermögensvorteile zu beschränken; so die GM., insbs. RG. III 5. Nov. 83, IV 20. Mai 92, E. 9 166, 23 141 (btr. § 332 bzw. § 333). Doch wird auch hier, wie im § 257 (das. N. 30, 39), daran festzuhalten sein, daß es um einen materiellen Vorteil sich handeln muß, während eine bloß ideelle Befriedigung des Ehrgeizes o. der Eitelkeit nicht genügt; so: Binding Lb. 2 720 (der jedoch N. 8 Beischlafsvollziehungen nicht hierher rechnet), H. Meyer S. 679, Schütze S. 527 N. 4, Rüd.-St. N. 7, v. Schwarze N. 6 A. 6, Alcalay Bestechung (Diss. Preßburg 1889) S. 42; aM.: Meves HH. 3 965, Simonson aO. 83, Katzenstein ZStrW. 23 172, ferner Hälschner 2 1037, der alle Einschränkungen des Begriffes verwirft, da das Gesetz solche nicht enthalte; nach Frank N. II 1 kommen nur Vorteile in Betracht, die die rechtl. o. wirtschaftl. Lage verbessern. In der Tat liegt kein Grund vor

α. vorübergehende materielle Genüsse auszuschließen; so die GM., insbs. zit. RG. E. 9 166 (btr. Beischlafsvollziehung); aM. v. Schwarze aO. btr. Bewirtung;

β. zu verlangen, daß die Vorteile im Gleichheitsverhältnisse zu den Leistungen stehen und insofern zur Bestechung geeignet sein müßten; so jedoch Teichmüller aO. 18.

Nicht erforderlich ist, daß die Geschenke oder Vorteile, die der Beamte sich versprechen läßt o. fordert (N. 4b, c) bereits fest bestimmt seien, falls nur dadurch die Ernstlichkeit des Versprechens ꝛc. nicht beeinträchtigt wird; so das zit. RG. E. 23 141 btr. des Anbietens u. Versprechens im Falle des § 333, sofern nur der Beamte jene als ernstlich gemeint auffassen konnte; ebenso Binding aO. 721.

In der Praxis des RG. wurde mit Recht gesehen: das Angebot eines „Geschenkes" in der Aufforderung, mit dem Auffordernden eine Flasche Wein zu trinken (ohne sie zur alleinigen Verfügung zu stellen); III 9. Okt. 93 G. 41 383; ein „Vorteil" in der Mitwirkung zur Ausnutzung der strafb. Verletzung der Amtspflicht; II 20. Sept. 81 E. 4 421; in der vorgängigen Bezahlung einer dem Beamten als Privatmann zustehenden Forderung; I 20. Nov. 82 E. 7 401 (gg. dieses Binding aO.).

4) Die strafb. Tätigkeit ist entweder eine solche, welche die Mitwirkung eines anderen erfordert, nämlich ein „Annehmen" oder „Sichversprechenlassen" (N. 1_1), oder eine ein-

seitige, im Grunde nur einen Versuch enthaltende und jenen Hdlgen zu Unrecht gleichgestellte, nämlich ein „Fordern" (N. 1_2); deshalb ist eine alternative Feststellg. (§ 49 N. 29) nur bezüglich der beiden ersteren Merkmale unter sich, nicht auch bezüglich des „Forderns" möglich; so Ostern Alternativität S. 158; aM. Wertheimer Mischgesetze S. 66. Die Aufzählung der einzelnen Tätigkeiten harmoniert übrigens weder unter sich, noch in sich; denn das einseitige „Fordern" trennt in den §§ 331, 332 die zweiseitigen Tätigkeiten, während es im § 334_1 sogar voransteht (vgl. auch § 333 N. 2). Im einzelnen ist hervorzuheben:

a) „Annehmen" bezeichnet die Entgegennahme der realen Leistung (Binding Lb. 2 726) als solche; es ist deshalb nicht gleichbedeutend mit Hinnehmen, z. B. zur Sicherung eines Beweismittels gg. den Bestechenden; Teichmann HRl. „Bestechg.", Teichmüller Bestechung S. 22, 48.

b) „Sichversprechenlassen" ist die ein beiderseitiges Einverständnis voraussetzende Annahme eines „Versprechens" (§ 302 N. 2c), mag dieses vom Bestechenden aus freiem Antriebe gegeben, oder vom Bestochenen hervorgerufen sein; so: Hälschner 2 1038, Frank N. II 2, Rüd.-St. N. 3, Landsberg Kommissivdel. S. 212 f.; aM. v. Schwarze N. 7. Ob der Versprechende in der Lage war, seine Zusage wahrzumachen, ist ohne Belang. Von RG. II 8. Mai 85 R. 7 285 ist dieses Tatbestandsmerkmal mit Recht in einem Verhalten des Beamten, woraus auf die Geneigtheit zur Annahme des in Aussicht gestellten Geschenkes geschlossen werden mußte, gefunden worden.

c) Das „Fordern", dessen Vorliegen nicht von der Auffassung desjenigen, der das Geforderte leisten soll, sondern vom Standpunkt des fordernden Beamten zu beurteilen ist (RG. II 16. Dez. 98 E. 31 389), muß, mag es ausdrücklich o. durch schlüssige Handlungen geschehen, immer einen Inhalt haben, der den Charakter des geforderten Vorteils als eines von dem Beamten verlangten Entgelts für die eine Verletzung der Amtspflicht enthaltende Tätigkeit o. Unterlassung zum Ausdruck bringt; deshalb vermag ein Fordern, das der Beamte auf die Behauptung einer der angesprochenen Person obliegenden Verpflichtung stützt, die Anwendung des § 332 nicht zu rechtfertigen; zit. RG. E. 31 389. Vollendet ist das „Fordern" mit der Kenntnisnahme seitens des anderen; Binding Lb. 2 726.

5) Es ist nicht notwendig, daß der Bestochene persönlich angenommen 2c. habe, vielmehr kann die Bestechung auch durch eine Mittelsperson indirekt geschehen, so namentl. durch, zur Kenntnis des Beamten gelangende, Zuwendung an einen seiner Angehörigen, wenn sie als Vorteil für ihn selbst sich darstellt; Binding Lb. 2 721, Hälschner 2 1038, Meves HH. 3 964, H. Meyer S. 679, Frank N. II 3, Rüd.-St. N. 5, v. Schwarze N. 7, insbs. A. 8. Geschah die Zuwendung an den Angehörigen nicht von vornherein mit Wissen des Beamten, so liegt die strafb. Annahme in der Unterlassung der Rückgabe; Hälschner aO.

Zu §§ 331, 332. N. 6—8.

6) Die Delikte aus §§ 331, 332 sind stets Beamten-Delikte, da sie als Subjekt unbedingt einen Beamten erfordern; sie sind zugleich allgemeine Amtsdel., weil jeder Beamte Täter sein kann (Abschn. 28 N. 3a, 4a).

7) Der Vorteil muß für eine Amtshandlung (N. 9a sowie § 332 N. 1) angenommen worden sein. Unbedingtes Erfordernis ist also der Kausalzusammenhang zwischen dem Annehmen und der Amtshandlung; das Annehmen eines Vorteils aus Anlaß o. bei Gelegenheit einer Amtshandlung genügt nicht; so die GM., insbs. RG. I 25. Feb. 89 E. 10 19.

Hieraus folgt, daß beim „Fordern" der Wille des „Fordernden", beim „Annehmen" bzw. „Sichversprechenlassen" der übereinstimmende Wille beider Seiten dahin gegangen sein muß, daß der Vorteil als Gegenleistung auf eine Amtshandlung sich beziehe; RG. III 8. Nov. 79 E. 2 129, Berlin 4. Apr. 76 O. 17 246, v. Liszt S. 576, Merkel S. 412, Rüd.-St. N. 3, Teichmüller Bestechung S. 18. Daraus ergibt sich aber weiterhin, daß die Hdlg. eine in dem Grade bestimmte und konkrete sein muß, daß eine solche bewußte Beziehung möglich und nachweisbar wird; so: RG. zit. E. 2 129, II 7. Nov. 84 E. 11 219, I 22. Juni 85 R. 7 424 (btr. § 333), Binding Lb. 2 732, Geyer 2 193, Frank N. II Abs. 2, Teichmüller aO. 19, 43; aM.: Berlin 9. März 77, 3. Apr. 79, O. 18 202, 20 195, Meves

HH. 3 967, es sei nicht erforderlich, daß die Amtshdlg. individuell festgestellt werde, vielmehr genüge es, wenn das Geschenk für das amtliche Verhalten im allg. habe gewährt werden sollen; auch Hälschner 2 1041 nimmt an, daß das Gesetz für solche beschränkenden Bestimmungen keinen Anhalt biete. Allerdings ist keineswegs nötig, daß die Beziehung nur bezüglich einer einzelnen Hdlg. vorliege, vielmehr kann auch eine Mehrheit von Hdlgen bzw. eine aus mehreren Einzelakten sich zusammensetzende Hdlg. in Frage kommen; zitt. RG. E. 2 129, 11 219. Die erforderliche Bestimmtheit der Hdlg. ist auch nicht dahin aufzufassen, daß diese in ihren einzelnen Akten genau festgestellt werden müßte, vielmehr genügt es, wenn der Täter den Beamten bestimmen wollte, seine amtliche Tätigkeit in einer bestimmten Richtung in pflichtwidriger Weise auszuüben bzw. zu mißbrauchen; zitt. RG. E. 11 219, R. 7 424. Daß der Zweck der Geschenke bei der Gewährung ausdrücklich ausgesprochen wurde, ist nicht erforderlich; es ist hinreichend, wenn er aus den Umständen erkennbar ist (wie z. B. bei Hingabe von Geschenken an einen Gefangenwärter seitens der Ehefrau eines Gefangenen); zit. RG. E. 11 219.

Hiernach fällt z. B. nicht unter die §§ 331, 332, was einem Beamten, wenn auch aus Anlaß oder bei Gelegenheit einer Amtshdlg., dennoch nur aus allgemeinem Wohlwollen, aus Anerkennung seiner Verdienste bzw. nach den Regeln des sozialen Verkehrs u. der gewöhnlichen Höflichkeit gegeben wird, wie häufig die sog. Trinkgelder; so die GM., insbs. zitt. RG. E. 2 129, 19 19, ersteres btr. dessen, was seitens des Vaters eines Schülers nach bestandenem Abiturientenexamen einem Lehrer in Anerkennung seiner gesamten Tätigkeit in der Schule und aus Dankbarkeit gegen ihn sowie die Lehranstalt ohne Rücksicht auf konkrete Amtshdlgen zum Geschenke gegeben wurde.

8) Unter der „Handlung", die mit der Annahme des Vorteils in Beziehung stehen muß, ist selbstverständlich auch eine Unterlassung zu verstehen; so die GM., insbs. die Motive u. Dresden 23. Nov. 74, 5. Jan. 77, St. 5 167, 7 189.

Gleichgültig ist, ob die Vorteilsannahme für eine bereits begangene o. für eine zukünftige Amtshdlg. erfolgt; so die GM., insbs. außer den Motiven RG. III 8. Nov. 79, 5. Nov. 83, E. 2 129, R. 5 670; aM. Binding Lb. 2 730 (wie im § 332; vgl. jedoch das. N. 3).

Daß die bereits begangene Hdlg. in Erwartung eines Vorteils vorgenommen wurde, ist nicht erforderlich; so das zit. RG. E. 2 129.

Liegt die Beziehung zu einer noch zu begehenden Hdlg. vor, so ist nicht notwendig, daß sie schon im Augenblick der Bestechung ausführbar ist; RG. III 10. Juni 82 R. 4 555. Die spätere Vornahme der Hdlg. ist kein Erfordernis des Tatbestandes.

Zu § 331. N. 9—13.

9) Im Falle des § 331 muß die Hdlg., für die der Beamte den Vorteil annimmt, „eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige" sein. Es bildet dieses den Tatbestand der sog. pflichtwidrigen Geschenkannahme, die nur i. w. S. als — passive — Bestechung bezeichnet werden kann (N. 1).

a) Als eine „in ein Amt einschlagende Handlung" — d. h. als eine Amtshandlung (so RG. II 6. Mai 87 E. 16 42; gegen diese Gleichstellung jedoch Frank N. 1 u. Simonson Vorteil S. 82) — kann nur eine solche angesehen werden, die innerhalb des Kreises der dem Beamten als solchem durch die maßgebenden Gesetze und Instruktionen zur Pflicht gemachten Tätigkeit liegt; so: RG. IV 13. März 85 R. 7 175, I 25. Okt. 00 G. 47 439, Berlin 24. Jan. 72, 3. Apr. 79, O. 13 78, 20 195 mit den zutreffenden Folgerungen, daß nicht lediglich die Übertragung einer Verrichtung seitens eines Vorgesetzten maßgebend sei, sondern daß es auch darauf ankomme, ob dieser zur Übertragung an seinen Untergebenen befugt war — sowie ferner, daß eine Ausdehnung des Begriffs auch auf solche Hdlgen des Beamten, die zwar nicht zu seinen amtlichen Verrichtungen gehörten, von ihm jedoch unter Einsetzung seines amtl. Einflusses oder seiner amtl. Autorität vorgenommen würden, nicht zulässig sei, z. B. bei Bemühung zur Beschleunigung einer amtl. Angelegenheit nach Abschluß der eigenen amtl. Tätigkeit oder durch Empfehlung der elektrischen Beleuchtung bei den Stadtbewohnern seitens eines Magistratsbeamten u. Bericht-

erstattung darüber an die Elektrizitätsgesellschaft, bzw. bei einer bloßen Privatgefälligkeit, die ein Beamter, wenn auch in Veranlassung seines Amtes, außer oder neben ihm erweise. Unerheblich ist, ob im Einzelfalle durch die Amtspflicht die Handlung geboten oder ob die Unterlassung verboten war; denn es soll der Käuflichkeit einer amtlichen Tätigkeit unter allen Umständen entgegengetreten werden; Berlin 21. Juni 78 O. **19** 323. Deshalb findet § 331 (sowie die folgenden §§.) auch Anwendung auf Hdlgen, die ein Beamter nach dem bestehenden Dienstgebrauche vornimmt, jedoch ablehnen konnte, weil er zu deren Besorgung dienstlich nicht verpflichtet war; RG. I 10. Nov. 87 E. **16** 300 (btr. § 332).

b) Die Worte „an sich" werden meist (so: John Entwurf S. 631, Meves HH. **3** 968 N. 2, Oppenh.-O. N. 6, v. Schwarze N. 4, Alcalay Bestechung S. 40) für überflüssig erklärt, sie erscheinen jedoch sogar als schädlich (so auch Hälschner **2** 1039 u. Teichmüller Bestechung S. 46), denn sie können zu der unrichtigen Auffassung verleiten, daß § 331 selbst dann Platz greifen solle, wenn der Beamte bei einer in seinem pflichtmäßigen Ermessen liegenden Hdlg. durch die Vorteilsannahme zu einer bestimmten Entscheidung sich bewegen lasse, weil auch hier die Handlung „an sich" nicht pflichtwidrig sei; hier findet jedoch § 332 (das. N. 2) Anwendung.

10) Die Vorteilsannahme muß objektiv rechtswidrig sein; der in der dritten Beratung des RT. gestellte Antrag auf Einschaltung des Relativsatzes „Vorteile, zu denen er gesetzlich nicht berechtigt ist", wurde abgelehnt, weil solches selbstverständlich; Kronecker G. **31** 371, Teichmüller Bestechung S. 49. Jede gesetzliche Erlaubnis zur Annahme eines Geschenkes schließt deshalb den Tatbestand aus; so: Binding Lb. **2** 733, H. Meyer S. 679, Oppenh.-O. N. 8, Rüd.-St. N. 1, Kronecker aO., Teichmüller aO. 50, Simonson Vorteil S. 74; aM. Rubo N. 8, der annimmt, daß Straflosigkeit nur auf Grund einer reichsgesetzlichen Vorschrift eintreten könne; so grundsätzlich auch Hälschner **2** 1042, der aber aus RBeamtenG. § 15_2, wonach jeder Reichsbeamte „zur Annahme von Geschenken o. Belohnungen in bezug auf sein Amt der Genehmigung der obersten Reichsbehörde bedarf", nicht nur mit Recht folgert, daß der das Geschenk zufolge solcher Genehmigung annehmende Beamte nicht aus § 331 gestraft werden könne, sondern weiter, daß die RGesetzgebung die Anwendbarkeit des § 331 ebenso auch betreffs der Landesbeamten als ausgeschlossen betrachte, sofern sie das Geschenk mit Zustimmung der vorgesetzten Landesbehörden annähmen. Ist die Annahme von einer oberbehördlichen Genehmigung abhängig, so wird diese an sich auch stillschweigend erfolgen können und bei vielen observanzmäßig hergebrachten Vergütungen an Unterbeamte anzunehmen sein; Binding, Oppenh.-O., Rüd.-St., Kronecker aO., Teichmüller aO. 52; insbs. wird auch eine stillschweigende Genehmigung der obersten Reichsbehörde nicht für unbedingt ausgeschlossen zu erachten sein. In Ermangelung positiver Vorschriften wird man mit Kronecker aO. zu unterstellen haben, daß die Genehmigung nur dann erteilt werden dürfe, wenn die Annahme „nach der Natur des Amtes und der btr. Amtsverrichtung zulässig" erscheint, und davon ausgehend auch für die Vermutung einer stillschweigenden Genehmigung gewisse Gesichtspunkte aufstellen können; übrigens hat auch die oberste Reichsbehörde die nach dem RBeamtenG. erforderliche Genehmigung lediglich nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen zu erteilen und kann keine Rede davon sein, daß es auch nach Reichsrecht „an allem gesetzl. Material dafür fehle, in welchen Fällen die btr. Genehmigung erteilt werden könne"; so jedoch Kronecker aO.

11) Wegen des Dolus vgl. N. 7_2. Das generelle Dolusmerkmal, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, kann übrigens auch durch eine, den gesetzlichen Voraussetzungen nicht entsprechende, Genehmigung des Vorgesetzten (N. 10) ausgeschlossen sein; Rüd.-St. N. 1, Kronecker G. **31** 372.

12) Wegen Teilnahme (T. I Abschn. 3) vgl. N. 1_2, 2 i. V. mit Abschn. 28 N. 8. Anstiftung u. Beihilfe (§§ 48 f.) sind danach keineswegs unbedingt ausgeschlossen, vielmehr soll nur das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von Vorteilen nicht als Anstiftung oder Beihilfe bestraft werden; so Binding Lb. **2** 731; aM. v. Kries ZStrW. **7** 546, 556.

13) Die Hauptstrafe ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T.—6 Mt. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle angedroht", nach § 28_2 (das.

N. 6b) im Falle der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden. Wegen zweier Nebenstr. vgl. §§ 335, 358.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 75[14].

§. 332.

Ein Beamter, welcher für eine Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, Geschenke oder andere Vortheile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird wegen Bestechung mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein.

PrStGB. § 310. Entw. I § 312, II § 328. Aktenst. Nr. 105, 119 14 a. StB. S. 744—746.

Vgl. § 335.

1) Im Falle des § 332 (vgl. § 331 N. 1—8) muß die „Handlung", für die der Beamte den Vorteil annimmt, „eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht" enthalten. Hierin liegt der Tatbestand der einfachen sog. passiven Bestechung i. e. S. (§ 331 N. 1). In Wahrheit ist sie nur eine Qualifikation des Verg. aus § 331; denn, wie § 331 (das. N. 9a) nach seinem Wortlaute eine Amtshdlg. voraussetzt, so ist auch, wie der Zusammenhang beider Bestimmungen beweist, für § 332 eine Amtshdlg. bzw. die Unterlassung einer solchen Erfordernis und genügt deshalb eine dem Beamten verbotene, an sich auch eine Verletzung der Amtspflicht enthaltende, Privathdlg. (wie z. B. die durch RBeamtenG. § 12 verbotene Abgabe eines Gutachtens ohne Genehmigung der vorgesetzten Behörde) nicht; ein innerer Grund für eine solche Ausdehnung des Begriffes „Handlung" im § 332 liegt nicht vor, sie würde vielmehr zu unannehmbaren Folgerungen führen und erscheint auch nach der Entstehungsgeschichte ausgeschlossen; RG. II 6. Mai 87 E. **16** 42. Dabei darf jedoch der Begriff der Privattätigkeit nicht ausdehnend verstanden werden; jeder Mißbrauch der amtl. Stellung erscheint als „pflichtwidrige Amtshdlg.", die deshalb auch in der privaten Mitteilung einer amtlich geheim zu haltenden Angelegenheit gefunden werden kann (RG. II 9. Juni 96 E. **28** 424), desgl. in der Ausrichtung einer von einem Gefangenen aufgetragenen Bestellung seitens eines Gefangenaufsehers vermöge seiner amtl. Stellung u. unter Verletzung einer seine Amtstätigkeit btr., ihm bekannten Vorschrift; RG. IV 16. Jan. 03 E. **36** 66; vgl. auch Frank N. 1. Bei feststehendem Kausalzusammenhange zwischen Vorteilsannahme und Amtshdlg. greift sonach § 331 stets dann Platz, wenn nicht nachgewiesen ist, daß die Beziehung zu einer die Verletzung einer Amtspflicht enthaltenden Amtshdlg. stattgefunden hat; das Vorliegen dieser Beziehung bedingt die Anwendung der schweren Strafandrohung des § 332; zit. RG. E **16** 42, Meves HH. **3** 967. Nach der Redaktion des § 332 jedoch kann jener Umst. als ein straferhöh. l. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 nicht angesehen werden; zustimmend Oetker GS. **64** 189 N. 2.

Der, im Gegensatz zur „Amtspflicht" (s. freilich § 322 N. 2b), an sich die Pflicht eines Mitgliedes der bewaffneten Macht bezeichnende Ausdruck „Dienstpflicht" (vgl. jedoch RG. II 21. Feb. 90 E. **20** 268), der im PrStGB. und im Entw. I fehlte, fand Annahme, um die nicht dem MStGB. (insbs. dem § 140 das.) unterstehenden Militärpersonen zu bezeichnen; v. Schwarze S. 908. Vgl. übrigens RMG. II 24. Juni 03 E. **5** 210, das G. mache keinen Unterschied zwischen „Dienst" u. „Amt" des PrGendarmen (§ 359 N. 8a).

2) Die „Verletzung" einer Amts- o. Dienstpflicht bildet eine objektive Voraussetzung; daß der Beamte in dem Dritten den irrtümlichen Glauben erweckt, er fordere das Geschenk für eine pflichtwidrige Hdlg., genügt deshalb nicht (N. 4); RG. III 5. Nov. 83 R. **5** 670, Teichmüller Bestechung S. 29. Diese objektive Verletzung einer Amtspflicht kann insbs. auch dann vorliegen, wenn die Amtshdlg. des Beamten, die mit der Vorteilsannahme in der nötigen Beziehung steht, an sich (§ 331 N. 9b) in den Kreis der Amtspflicht fällt, der Beamte also, auch wenn er den Vorteil nicht angenommen hätte, zu der

vom Geschenkgeber gewünschten Entscheidung gelangt wäre, sofern nur der Geschenkgeber die Möglichkeit einer anderen Entscheidung in sein Bewußtsein und wenigstens ev. in seinen Willen aufnahm, was namentl. der Fall ist, wenn er die Unterdrückung von Erwägungen wollte, die der Vornahme der Hdlg. gegenüber einer bestimmten Person entgegenstehen; so die GM., insbs. RG. I 29. Apr. 80, III 13. Apr. 81, II 29. Mai, 13. Nov. 94, E. 1 404, 4 101, 25 400, 26 194 (btr. die Verleihung einer Stelle, bzw. die Abstandnahme von einer im Ermessen des Beamten liegenden polizeil. Festnahme, bzw. die Wiederfreilassg. eines durch einen PrWachtposten Festgenommenen, bzw. die Zuwendung von Lieferungen). Verwertet ein Beamter seine auf Grund der amtl. Tätigkeit erlangten Kenntnisse im Privatinteresse (wie z. B. der Beamte eines Einwohnermeldeamts, der Adressen an eine Privatperson mitteilt), so enthält das nicht notwendig eine Verletzung der Amtspflicht; eine solche kann vielmehr nur angenommen werden, soweit eine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit o. eine sonstige Anordnung eines Vorgesetzten in Frage kommt oder die Verwertung der btr. Kenntnis zum Geschäftskreise der Behörde selbst gehört; RG. I 19. Dez. 04 E. 37 354 (btr. § 333).

In der Praxis des RG. wurde die Verletzung einer Amtspflicht angenommen: bei wissentl. unrichtiger Bezeichnung eines gesunden Schweines als trichinös seitens eines Fleischbeschauers; II 20. Sept. 81 E. 4 421; bei Unterlassung der Erstattung einer Anzeige seitens eines dazu Verpflichteten (z. B. eines Feldhüters), wenn dieser auch nur infolge eines Irrtums zur Erstattung in concreto verpflichtet zu sein glaubte; I 31. Jan. 84 E. 10 64; bei Bewirkung eines unversteuerten Transportes zollpflichtiger Waren seitens eines Eisenbahnbeamten gelegentlich einer über die Grenze zu machenden Dienstfahrt; II 1. Juli 87 R. 9 393 (btr. § 333); bei wissentl. falscher Ausfüllung btr. die Aufstellung der jährlichen Hundesteuerliste seitens eines Feldhüters auf Ersuchen eines Polizeibeamten, obgleich dieses abgelehnt werden konnte (vgl. § 331 N. 9a); I 10. Nov. 87 E. 16 300; bei Unterlassung der Nachforschung nach Forstfrevlern im Gemeindewalde seitens eines bayer. Flurwächters; I 5. Nov. 96 E. 29 142; dagegen die Verletzung einer Dienstpflicht verneint bei Nichtstellung eines Strafantrages seitens eines Gendarmen wegen einer während der Ausübung seines Dienstes erlittenen Beleidigung; I 2. Juni 90 E. 20 415. Über die Frage, inwieweit im Reiche u. in Pr. Beamte zur Amtsverschwiegenheit (§ 353a N. 4) verpflichtet sind, vgl. II 9. Juni 96 E. 28 424.

3) Besteht zwischen der Verletzung einer Amtspflicht und der Vorteilsannahme ein Kausalzusammenhang, der erkennen läßt, daß der Vorteil eine Gegenleistung darstellt für dasj. Tun u. Lassen, das die Amtspflichtverlzg. enthält (RG. IV 16. Jan. 03 E. 36 66), während nicht jeder aus Anlaß o. bei Gelegenheit einer Amtshdlg. angenommene Vorteil als für die Amtshdlg. gegeben angesehen werden muß (RG. III 5. Nov. 83 R. 5 670, I 25. Feb. 89 E. 19 19), so wird auch hier für den Fall einer bereits ausgeführten Hdlg. vom Gesetze nicht erfordert, daß die pflichtwidrige Amtshdlg. in Erwartung des Vorteils vorgenommen worden sei (§ 331 N. 7, 8₃); so: Hälschner 2 1043, Meves HH. 3 967, H. Meyer S. 679, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 2a, Rüd.-St. N. 2, Teichmüller Bestechung S. 54; aM. v. Schwarze N. 5, während Binding Lb. 2 727, die Bestechung „rein als Bestimmungsverbr." auffassend, unbedingt eine noch der Zukunft angehörende Hdlg. erfordert.

4) In subjektiver Beziehung ist erforderlich, daß der Beamte sich bewußt sei, es stehe eine pflichtwidrige Hdlg. in Frage; hält er, obschon irrtümlich, die Hdlg. für eine solche, zu der er nach seiner Amtspflicht berechtigt o. verpflichtet sei, so entfällt subjektiv der Tatbestand und zwar auch dann, wenn er in dem Dritten, von dem er das Geschenk fordert, den Glauben erweckt, daß er dies für eine eine Pflichtverletzung enthaltende Hdlg. tue; das N. 2 zit. RG. R. 5 670, Geyer 2 194, Hälschner 2 1044, Merkel S. 412, Rüd.-St. N. 5. Der Täter muß ferner des in N. 3 bezeichneten Kausalzusammenhanges sich bewußt sein; das dort zit. RG. E. 36 66.

5) Ein Versuch des Verbr. ist denkbar, wenn auch das Gesetz dadurch, daß es das „Fordern" dem „Annehmen" gleichstellte, in Wahrheit eine Versuchshdlg. zur vollendeten

Tat erhob (§§ 43 N. 28b, 331 N. 4); es kann aber nicht nur ein Versuch vorliegen, wenn z. B. bei schriftlich geführten Unterhandlungen die Annahme bzw. das Sichversprechenlassen wegen fehlender Kenntnisnahme seitens des anderen nicht zur Vollendung gelangt, sondern es ist ein gleiches selbst beim „Fordern" denkbar (vgl. § 331 N. 4c). So: Schütze S. 529 N. 8, Frank N. I. AM.: Meves 3 964, Teichmüller Bestechung S. 59.

6) Wegen Teilnahme (T. I Abschn. 3) vgl. Abschn. 28 N. 8 i. V. mit § 331 N. 1, 2. Der den Vorteil Anbietende, Versprechende oder Gewährende ist jedoch nicht als Anstifter oder Gehilfe (§§ 48 f.) zum Verbr. aus § 332, sondern auf Grund der selbständigen Vorschrift des § 333 (das. N. 4b) strafbar; RG. I 17. Dez. 85, IV 16. Jan. 03, E. 13 181, 36 66, Frank N. IV, Rüd.-St. N. 6.

7) Enthält die Verletzung einer Amtspflicht zugleich den Tatbestand einer strafb. Hdlg., so liegt im Fall ihrer demnächstigen Begehung Realkonk. (§ 74) mit dem Verbr. aus § 332 vor; Binding Lb. 2 729, Hälschner 2 1043, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 6, v. Schwarze N. 1, Alcalay Bestechung S. 48.

8) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie auch neben Gef. VbER. erkannt werden; wegen einer anderen Nebenstr. vgl. § 335. Der Versuch (N. 5) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73².

§. 333.

Wer einem Beamten oder einem Mitgliede der bewaffneten Macht Geschenke oder andere Vortheile anbietet, verspricht oder gewährt, um ihn zu einer Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, zu bestimmen, wird wegen Bestechung mit Gefängniß bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark erkannt werden.

PrStGB. § 311. Entw. I § 318, II § 329. Aktenst. Nr. 119 14b. StB. S. 744—747.

Vgl. § 335 sowie: BraustG. v. 31. Mai 1872 § 63¹, TabakstG. v. 16. Juli 1879 § 41¹, BranntweinstG. F. v. 16. Juni 1895 § 27¹, ZuckerstG. v. 27. Mai 1896 § 53¹, SchaumweinstG. v. 9. Mai 1902 § 19 Abs. 2a.

Zu §§ 333, 334 Abs. 2. N. 1—4.

1) Die Fälle der sog. aktiven Bestechung, die als Subjekt lediglich eine Privatperson erfordern und deshalb überhaupt keine Amtsdel. bilden (Abschn. 28 N. 3), sind trotzdem im Abschn. 28 behandelt worden, weil sie mit der sog. passiven Bestechung im engsten Zusammenhange stehen (§ 331 N. 1).

Über die Frage, ob diese Vorschriften auch anzuwenden seien, wenn die im Auslande vorgenommene Hdlg. einen ausl. Beamten betrifft, vgl. § 4 N. 14.

2) Die aktive Bestechung, deren Tatbestand dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Beamte gg. Entgelt zu der pflichtwidrigen Hdlg. sich bereit erklärt hatte (RG. 20. Mai 04 E. 37 171), erfordert, daß der Täter einem Beamten ꝛc. „Geschenke oder andere Vorteile" (§ 331 N. 3) für eine Amtshdlg. „anbietet, verspricht oder gewährt"; die Aufeinanderfolge dieser einzelnen Hdlgen entspricht übrigens weder der Anordnung in den §§ 331, 332, noch derjenigen im § 334_1 (vgl. § 331 N. 4). Im einzelnen ist hervorzuheben:

a) Dem „Anbieten", das kein ausdrückliches zu sein braucht (RG. II 25. Jan. 95 E. 26 424), entspricht das „Annehmen" (§ 331 N. 4c); es setzt voraus, daß der Bestechende dem Beamten selbst oder durch andere Vorteile gewähren wollte, weshalb es nicht genügt,

wenn der Beamte sie sich selbst verschaffen soll; RG. II 20. Sept. 81 E. 4 421. Es ist dies besonders von Bedeutung, wenn es um Vorteile sich handelt, die aus dem Vermögen eines anderen fließen; § 331 N. 3b.

b) „Versprechen" ist die, an sich einseitige Erklärung, durch die der Versprechende als zur Erfüllung des in Aussicht gestellten sich gebunden bezeichnen will (Binding Lb. 2 722), mag die Anregung von ihm ausgehen, wie beim Anbieten (a), o. vom Beamten; im letzteren Falle sowie bei Annahme des Versprechens seitens des Beamten liegt das den Tatbestand der passiven Bestechung erfüllende „Sichversprechenlassen" vor (§ 331 N. 4b).

c) „Gewähren" eines Vorteiles setzt ein gegenseitiges Einverständnis voraus (§ 180 N. 5), dem häufig ein „Fordern" seitens des Beamten (§ 331 N. 4c) vorangegangen sein wird; es liegt daher nur dann vor, wenn das Gegebene seitens des Empfängers auch als Vorteil angenommen wird, obschon diese Annahme selbst nicht zur Kenntnis des Bestechenden gekommen zu sein braucht; Binding aO.; deshalb findet auch hier nicht schon bei jeder Hinnahme seitens des zu Bestechenden ein „Gewähren" statt (vgl. § 331 N. 4a); dagegen liegt darin jedenfalls ein „Anbieten" (a), so daß die Hdlg. dennoch aus § 333 strafbar ist. So: Teichmann HRl. „Bestchg.", Alcalay Bestechung S. 54; aM.: Hälschner 2 1045, Teichmüller Bestechung S. 22, Katzenstein ZStrW. 23 168, während v. Schwarze N. 3 lediglich zutreffend bemerkt, daß § 333 nicht ausgeschlossen sei, wenn der Beamte das Gegebene nur als Beweismittel angenommen habe.

3) Die aktive Bestechung kann, entsprechend der passiven (§ 331 N. 5), eine mittelbare sein; so die GM., insbs. RG. I 29. Apr. 80, 8. März 86, E. 1 404, 13 396, III 30. März 81 R. 3 176; im letzteren Falle wurde jedoch mit Recht nur ein (strafloser) Versuch angenommen, weil das dem Beamten mittels eines Angehörigen angebotene Geld auf die Weigerung des Angehörigen vom Täter wieder an sich genommen wurde. Vgl. übrigens N. 4c.

4 a) Die aktive Bestechung muß den Zweck verfolgen, den „Beamten zu einer, die Verletzung einer Amts- o. Dienstpflicht enthaltenden, Handlung zu bestimmen". Daß unter den Begriff einer Hdlg. auch hier eine Unterlassung der bezeichneten Art fällt, ist selbstverständlich (vgl. § 331 N. 8); RG. I 14. März 89 E. 19 206. Aber auch das gilt hier, wie für § 332 (das. N. 1_1), aus gleichen Gründen, daß nämlich nur „Amtshdlgen" bzw. „Unterlassungen von Amtshdlgen" gemeint sind, nicht auch — wenn auch an sich die Verletzung einer Amtspflicht enthaltende — Privathdlgen; RG. II 18. Okt. 87 R. 9 517, I 30. Nov. 03 G. 51 55 (jenes die Feststllg. einer Amtshdlg. i. c. verneinend, dieses bejahend).

b) Die Amtshdlg. muß nach dem zu a Bemerkten notwendig eine zukünftige sein, d. h. nach der Meinung des Bestechenden, die hierfür ausschließlich maßgebend ist; deshalb wird der Tatbestand dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Amtshdlg., deren Unterlassung der Bestechende bezweckte, tatsächlich von dem Beamten bereits vorgenommen war (N. 8); RG. I 14. März 89 E. 19 206. Dagegen kann die aktive Bestechung unter bewußter Bezugnahme auf eine bereits begangene Pflichtwidrigkeit nicht verübt werden; so die GM. Der hierfür einen Vorteil Gewährende ist straflos; Rüd.-St. N. 1.

c) Bei der mittelbaren Bestechung (N. 3) ist hiernach selbstverständliche Voraussetzung, daß der Beamte von dem der Mittelsperson gemachten Angebote 2c. Kenntnis erlange und daß solches vom Täter beabsichtigt worden, weil letzterer nur dann dem „Beamten" den Vorteil angeboten hat, um dessen Willen dadurch zu beeinflussen; demnach liegt aktive Bestechung nicht vor, wenn lediglich die Fürsprache der Mittelsperson erkauft werden soll, um durch deren Einfluß auf den Beamten zu wirken; RG. I 8. März 86 E. 13 396, Binding Lb. 2 721.

Zu § 333 N. 5—10.

5) Im Falle der einfachen sog. aktiven Bestechung muß der Vorteil „einem Beamten" (§ 359) oder „einem Mitgliede der bewaffneten Macht" (§ 113 N. 9) gewährt worden sein. Die passive Bestechung wird bestraft gegen den Beamten aus § 332, gegen das Mitglied der bewaffneten Macht aus MStGB. § 140.

6) Der Zweck der aktiven Bestechung (N. 4a) muß dahin gehen, eine der in N. 5 bezeichneten Personen durch die Geschenkgabe „zu einer Handlung, die eine Verletzung

einer Amts- oder Dienstpflicht enthält" (§ 332 N. 1, 2), zu bestimmen. Die Aufnahme der „Dienstpflicht" (neben der Amtspflicht) geschah, weil der zu Bestechende auch eine Person des Soldatenstandes sein kann.

Zutreffend hat RG. III 19. Nov. 83 R. 5 717 angenommen, daß die Verfolgung eines solchen Zweckes bei Angebot eines Geschenkes an einen Polizeibeamten behufs Unterlassung der Anzeige einer vermeintlich strafb. Hdlg. auch dann vorliege, wenn die Hdlg. in Wahrheit nicht strafbar, bzw. die Strafbarkeit nicht festgestellt sei.

7) Der Dolus erfordert das, nach prozessual. Grundsatze aber nur bei angeregtem Zweifel festzustellende, Bewußtsein des Täters, daß die dem Beamten angesonnene Hdlg. die Verletzung einer Amtspflicht enthalte. So die GM., insbs. RG. III 19. Nov. 83 R. 5 717. Es genügt jedoch eventueller Dolus (§ 59 N. 6); RG. IV 14. Mai 86 R. 8 360, II 13. Nov. 94 E. 26 194, Binding Lb. 2 724. Dagegen ist die irrige Annahme des Schenkenden, daß die bezweckte Amtshdlg. eine pflichtwidrige sei, nicht ausreichend, vielmehr objektiv erforderlich, daß die Hdlg. eine Pflichtverletzung enthält o. enthalten haben würde; Meves HH. 3 969, Frank N. II.

8) Zur Vollendung ist die Erreichung des verfolgten Zweckes nicht notwendig; RG. III 13. Apr. 81 E. 4 101. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, aus welchem Grunde der Erfolg nicht eingetreten ist, ob etwa, weil der Beamte die pflichtwidrige Hdlg. nicht begehen wollte oder zufolge äußerer Hindernisse (vgl. z. B. N. 4b, 6_2) nicht begehen konnte; RG. I 14. März 89 E. 19 206. Es liegt deshalb auch dann vollendete Bestechg. vor, wenn das Angebot ꝛc. von Vorteilen zwar zur Kenntnis des Beamten kam, bei diesem aber kein Verständnis o. Entgegenkommen fand; RG. II 25. Jan. 95 E. 26 424, Binding Lb. 2 719, 722.

9 a) Wegen des Verhältnisses zum § 49a vgl. das. N. 20.

b) Wie eine Beleidgg. aus § 185 begangen werden kann durch Angebot eines Geschenkes an einen Beamten für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Hdlg. (vgl. den dem § 193 N. 9 zit. RG. E. 31 194 zugrunde liegenden Fall), so auch durch ein unter § 333 fallendes Angebot (N. 2a) o. Versprechen (N. 1b); es findet alsdann Idealkonk. statt, da nicht anerkannt werden kann, daß die Norm des § 185 unbedingt in der des § 333 aufgeht; so ist insbs. möglich, daß dem Täter lediglich der Vorsatz der Bestechung innewohnt, ohne das Bewußtsein einer mit dieser verbundenen Beleidgg.; vgl. wg. des ähnlich liegenden Falles des Zusammentreffens von §§ 176[1], 177 mit § 185 das § 73 N. 19 I b zit. RG. 24 201.

c) Wegen des Verhältnisses zum § 332 vgl. das. N. 6 sowie o. N. 4b. Kann danach auch die aktive Bestechung nicht mit Anstiftung zur passiven Bestechung aus § 332 in Idealkonk. treten, so doch mit Anstiftung zu anderen Amtsdel., insofern nämlich der Beamte die bezweckte Amtspflichtverletzung wirklich begeht und sie als strafb. Hdlg. sich darstellt; so: Berlin 21. Feb. 72, Stuttgart 12. Juli 73, St. 1 210, 3 37, Hälschner 2 1046, H. Meyer S. 653, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 10, Rüd.-St. § 332 N. 6, Alcalay Bestechung S. 57, Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 69 N. 1; aM. einerseits v. Schwarze N. 7, es entscheide lediglich der Tatbestand des § 333, außer wenn die Verletzung der Dienstpflicht ein gemeines Delikt enthalte, in welchem Falle Idealkonk. von Bestechung mit Anstiftung zu letzterem vorliege; ferner Reiffel GS. 42 196 f., es finde § 48 keine Anwendung, andererseits Binding Hb. 1 495 u. Lb. 2 724, gegenüber der Anstiftung entfalle wg. Gesetzessubsidiarität die Bestrafung wg. Bestechung.

10) Die ordentliche Hauptstrafe ist Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16); für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 b ff.) ist neben Gefängnis wahlweise Geldstr. von 3—1500 M. (§ 27) angedroht (jedoch nicht etwa an erster Stelle). Wegen einer Nebenstr. vgl. § 335; neben Gef. kann nach dem Schlußsatz des Abs. 1 i. V. mit § 32 auch VbER. erkannt werden.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist StrafK. bzw. SchöffenG. § 75[12a] (F. v. 5. Juni 05).

§. 334.

Ein Richter, Schiedsrichter, Geschworener oder Schöffe, welcher Geschenke oder andere Vortheile fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, um eine Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm obliegt, zu Gunsten oder zum Nachtheile eines Betheiligten zu leiten oder zu entscheiden, wird mit Zuchthaus bestraft.

Derjenige, welcher einem Richter, Schiedsrichter, Geschworenen oder Schöffen zu dem vorbezeichneten Zwecke Geschenke oder andere Vortheile anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Zuchthaus bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe ein.

PrStGB. §§ 310—313. Entw. I §§ 312—315, II § 328—331. Aktenst. Nr. 105, 119 14c, 182 48. StB. S. 744—747, 1175.

Vgl. § 335.

1) Die sog. richterliche Bestechung (§ 331 N. 1) erfordert als Bestochenen (Abs. 1) bzw. zu Bestechenden (Abs. 2) einen „Richter, Schiedsrichter, Geschworenen o. Schöffen".

a) „Richter" ist derjenige, der von zuständiger Stelle zur Handhabung der Rechtspflege im Staate berufen ist. Der Amtstitel als „Richter" kann nicht entscheidend sein; insbs. fällt deshalb auch ein im höheren Justizvorbereitungsdienst Begriffener, dem gemäß GVG. § 10 nach landesgesetzlicher Bestimmung (vgl. z. B. PrAusführungsG. z. GVG. v. 24. Apr. 1878 § 2) die zeitweilige Wahrnehmung richterl. Geschäfte übertragen ist, darunter. Ebensowenig kann die Übertragung von anderen als richterlichen Geschäften (Verwaltungsgeschäften) auf die ordentlichen Gerichte, die nach Maßgabe der Landesgesetzgbg. in verschiedenem Umfange erfolgt ist, für die Begriffsbestimmung irgendwie ins Gewicht fallen. Entscheidend ist immer nur die Übertragung der Ausübung einer Rechtsprechung, als der spezifisch richterlichen Verrichtung, also der Entscheidung von Rechtssachen (N. 3a) nach Rechtsgrundsätzen in einem geregelten Verfahren; vgl. Hälschner 2 1068 f., jetzt auch Frank N. II. Dennoch ist der Begriff des „Richters" nicht auf die richterlichen Mitglieder der durch das GVG. u. die RStPO. T. I geregelten ordentlichen Gerichte beschränkt, umfaßt vielmehr auch die mit der Rechtsprechung betrauten Mitglieder der besonderen Gerichte sowie der Verwaltungs-, der kirchlichen u. der Disziplinargerichte x.; Hälschner aO., Meves HH. 3 970, H. Meyer S. 680, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 57 ff., Teichmüller Bestechung S. 33, Katzenstein ZStrW. 23 177; vgl. auch Teichmann HRl. „Bestechung" u. abweichend Rüd.-St. N. 3 sowie Alcalay Bestechung S. 49. Insbs. gehören dazu auch diejenigen Verwaltungsbeamten, die in Rechtssachen eine nur vorläufige Entscheidung abzugeben haben; so: Binding Lb. 2 556, 725, Oppenheim aO. 62; aM.: Hälschner 2 1068 f., Frank § 336 N. I, Meves, Katzenstein aO. Vgl. auch das § 336 N. 2a zit. RG. E. 25 276.

Gleichgültig ist, ob der Betreffende als Richter etatsmäßig angestellt oder nur kommissarisch bzw. unentgeltlich beschäftigt ist, gleichgültig auch, ob er Berufsrichter ist oder nicht; so: Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 3, Alcalay aO., Katzenstein aO. 176; aM. Binding Lb. 2 725 u. Frank N. II, nur beamtete Richter kämen in Betracht; dazu gehören übrigens auch die Handelsrichter (§ 359 N. 3), was jetzt auch Frank anerkennt. Dagegen gehören die Schiedsmänner nicht zu den Richtern, da ihre Tätigkeit (vgl. z. B. PrSchiedsmannsO. v. 29. März 1879) eine vermittelnde, nicht aber eine rechtsprechende ist; so die GM.

b) „Schiedsrichter" wird jemand bereits durch die Ernennung zu solchem, nicht erst durch die Übernahme eines Schiedsrichteramtes; vgl. ZPO. §§ 1028, 1033[1].

c) „Geschworener" oder „Schöffe", d. h. ein zum Dienst bei einem Schwur- o. Schöffengericht bestimmter Geschworener o. Schöffe (Binding Lb. 2 718). Das trifft hinsichtlich der Geschworenen zu, wenn der Hauptgeschworene aus der Jahresliste der Hauptgeschworenen ausgelost ist (GVG. §§ 90 f.), sowie wenn der Hilfsgeschworene in öffentl. Sitzung des Schwurg. ausgelost ist (StPO. § 280); Katzenstein aO. 179. Hinsicht-

lich der Schöffen genügt bei den Hauptschöffen Aufnahme in die Jahresliste der Hauptschöffen, da bezüglich dieser lediglich die Reihenfolge der Teilnahme durch das Los festzustellen ist (GVG. §§ 44 f.; aM. Katzenstein aO. 182, insofern er diese Auslosung für entscheidend ansieht), während bezüglich der Hilfsschöffen die erforderliche Bestimmung erst durch die im Einzelfalle nötige Zuziehung erfolgt (GVG. § 49). Sieht man von den Hilfs-Geschworenen u. Schöffen ab, so ist die Berufung zur Teilnahme an einer bestimmten Strafsache keine Voraussetzung, obschon der Umstand, daß es um eine Rechtssache sich handeln muß, deren „Leitung o. Entscheidung dem Geschworenen 2c. obliegt", bewirkt, daß vor erfolgter Berufung zur einzelnen Sache nur ein bedingtes Verbr. vorliegt, dessen Eintritt von der Berufung zu der btr. Sache abhängt; so: Binding Lb. 2 718, Meves HH. 3 970 N. 3, Frank N. III 1, Rüd.-St. N. 4, Ötker G. 49 233 N. 107; aM.: Hälschner 2 1069, Schütze S. 529 N. 8, v. Schwarze N. 5, Teichmüller Bestechung S. 34, die teils allgemein, teils (irrationell) nur für den „Geschworenen" die bereits erfolgte Berufung zur Entscheidung einer bestimmten Rechtssache verlangen; ferner Alcalay Bestechung S. 50.

2) Bei der Bestechung aus § 334 handelt es sich immer um eine zukünftige Hdlg. des Richters 2c. Darüber, daß diese nicht eine Rechtsbeugung (§ 336) zu sein brauche, herrscht Übereinstimmung; (s. auch u. N. 4). Mit Unrecht wird daraus aber (so: von Berner S. 668, Hälschner 2 1070, Merkel S. 412, Meves HH. 3 965, Frank N. I, Rüd.-St. N. 1) gefolgert, daß § 334 gleichmäßig die Fälle pflichtmäßiger u. pflichtwidriger richterlicher Hdlgen im Auge habe; allein der Richter, der an Stelle des Gesetzes und des durch dieses gestatteten pflichtmäßigen Ermessens die Gewährung eines Vorteils maßgebend sein läßt, um eine Rechtssache zugunsten oder zum Nachteile eines Beteiligten zu leiten oder zu entscheiden, verletzt eben dadurch seine Amtspflicht (§ 332 N. 2); sonach erscheint die sog. richterliche Bestechung lediglich als ein besonderer Fall der Bestechung i. e. S. aus § 332 bzw. § 333; so: Binding Lb. 2 728, H. Meyer S. 680; aM. Frank N. I.

3) Die bezweckte richterliche Hdlg. muß „eine Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm (dem Richter) obliegt", betreffen.

a) Eine „Rechtssache", im Unterschiede von einer Verwaltungssache, liegt vor, wenn es darum sich handelt, über ein in Anspruch genommenes Recht nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden; hier (N. 1) steht insbs. eine solche Rechtssache in Frage, über welche die erforderliche Entscheidung durch die technisch sog. Rechtsprechung zu erledigen ist; vgl. Hälschner 2 1068, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 59, 123.

b) Dem Richter 2c. muß die „Leitung oder Entscheidung" der btr. Rechtssache obliegen; nach dem zu a sowie zu N. 1a Bemerkten erscheint die auf die Partikel „oder" gestützte Auslegung, als ob auch solche „Rechtssachen" in Frage kommen könnten, bei denen es einer „Entscheidung" nicht bedürfe, von vornherein ausgeschlossen; jene Worte sind nicht als gleichgeordnet anzusehen, sondern als eine Einheit in dem Sinne aufzufassen, daß die „Leitung" der Rechtssache stets auf deren Entscheidung abzielen müsse; vgl. Oppenheim aO. 131, Teichmüller Bestechung S. 35; aM. Katzenstein ZStrW. 23 184. Demnach muß eine Sache der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei der ein Richter nicht in eigentlich richterlicher Eigenschaft tätig ist, außer Betracht bleiben; so außer den beiden Genannten: Binding Lb. 2 725, Hälschner 2 1069, Meves HH. 3 971, Schütze S. 528 N. 7, Teichmann HRl. „Bestechg.", Oppenh.-O. N. 6, Rüd.-St. N. 5; aM.: H. Meyer S. 680, Rubo N. 1, v. Schwarze N. 2, Alcalay Bestechung S. 51. Nicht richtig ist dagegen die Auffassung von Teichmüller aO., daß nur diejenige rechtsprechende Tätigkeit habe gesichert werden sollen, bei der eine „Rechtskraft" eintrete; vielmehr kommt das Gebiet der sog. nicht-streitigen Gerichtsbarkeit insoweit in Frage, als (landesgesetzlich) eine Rechtsprechung eingeführt ist; die dabei getroffenen Entscheidungen sind aber einer „Rechtskraft" im eigentlichen S. nicht fähig (höchstens nach Maßgabe der positiven Gesetzgebung, insofern diese die Grundsätze der Rechtskraft auf jenes Gebiet übertragen hat); nicht notwendig ist hiernach das Gegenüberstehen zweier streitender Parteien; ähnlich Katzenstein aO. 183.

4) Der Zweck der Annahme 2c. bzw. Gewährung eines Vorteils muß dahin gehen,

daß der Richter „zugunsten oder zum Nachteile eines Beteiligten leite oder entscheide", d. h. subjektiv einem der Beteiligten günstig o. ungünstig gestimmt werde (vgl. §§ 154 N. 11 b, 157 N. 10). Eine objektiv günstigere Gestaltung der Rechtssache für den einen o. den anderen der Beteiligten verlangt das Gesetz nicht, gehört doch nicht einmal zur Vollendung des Deliktes, daß der Richter überhaupt noch in der Rechtssache eine leitende o. entscheidende Tätigkeit ausübe (vgl. § 331 N. 8_4); so: Hälschner 2 1070, Alcalay Bestechung S. 52; aM.: Oppenh.-D. N. 8, Rubo N. 5, v. Schwarze N. 7, Teichmüller Bestechung S. 37, Katzenstein ZStrW. 23 185, durch die bezweckte Hdlg. müsse die Rechtsstellung eines Beteiligten in irgendeinem Punkte (in ihrem Ergebnisse) eine günstigere o. ungünstigere werden. Mag übrigens die eine o. die andere Ansicht die zutreffende sein, so kommen bezüglich der „Leitung der Rechtssache" keinesfalls nur solche richterliche Maßnahmen in Betracht, welche die Rechtsstellung der Beteiligten berühren; vielmehr können z. B. auch Terminsbeschleunigungen oder -verzögerungen, subjektiv und objektiv, zugunsten o. -ungunsten eines Beteiligten geschehen; so: Hälschner aO., Rubo N. 5, Teichmüller aO. 38, Katzenstein aO. 186; vgl. auch Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 131 (btr. § 336); aM.: Meves HH. 3 971, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 7.

5) „Beteiligter" deutet schon darauf hin, daß § 334 auch bei der Leitung nicht kontradiktorischer, unter Parteien (§ 336 N. 2 b) verhandelter Rechtssachen Anwendung finde; s o. N. 3 b. Jedenfalls wird aber außer Zweifel gestellt, daß auch bei einem solchen Rechtsstreit außer den „Parteien" alle diejenigen in Betracht kommen, deren Interesse an die Leitung oder Entscheidung der Rechtssache gebunden ist; Hälschner 2 1070, Meves HH. 3 971, v. Schwarze N. 8, Teichmüller Bestechung S. 38, Alcalay Bestechung S. 51.

6) Das Verbr. aus Absatz 1 ist nach obigem ein eigentümliches Amtsdel., wie die übrigen Fälle der passiven Bestechung i. w. S.; vgl. deshalb § 331 N. 2—5. Es ist jedoch diese richterliche (passive) Bestechung nicht notwendig zugleich ein Beamten-Delikt (Abschn. 28 N. 3 b), weil Subjekt des Verbr. auch eine mit Verwaltung eines Amtes betraute Privatperson (N. 1) sein kann, wie namentl. ein Geschworener oder Schöffe (§ 31 N. 10), ja soweit ein Schiedsrichter Subjekt des Verbr. sein kann, ist letzteres nicht einmal ein Amtsdelikt, da der Schiedsrichter nicht Verwalter eines öffentl. Amtes ist; aM. btr. Schiedsrichter Katzenstein ZStrW. 23 196. Da ferner nur die Verwalter bestimmter, richterlicher Ämter Subjekt sein können, so gehört das Verbr. zu den besonderen Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4 b).

7) Das Verbr. aus Absatz 2 ist sowenig ein Amtsdelikt wie die aktive Bestechung aus § 333; vgl. deshalb das. N. 1—4. Subjekt des Verbr. kann übrigens auch ein anderer als ein „Beteiligter" sein; Meves HH. 3 791, Schütze S. 528 N. 7, Oppenh.-D. N. 13 v. Schwarze N. 8, Teichmüller Bestechung S. 38.

8) Wegen der Möglichkeit eines Versuchs (§ 43) des Verbr. gilt das § 332 N. 5 Bemerkte unter entsprechender Ausdehnung auf den Fall der aktiven Bestechung; Katzenstein ZStrW. 23 191, 198. Ein Versuch liegt aber dann nicht vor, wenn der Geschworene bzw. Schöffe zur Entscheidung der btr. Sache nicht berufen wird (N. 1 c); es handelt sich vielmehr nur um ein Putativdelikt; so: Binding Lb. 2 718, Frank N. III 1, Oetker G. 49 233 N. 107, Katzenstein aO. 182; aM. Schütze S. 529 N. 8 sowie die früheren Aufl. des Komm.

9) Wegen Teilnahme (T. I Abschn. 3) an dem Verbr. aus Abs. 1 vgl. die hier im Verhältnis des § 334_2 zum Abs. 1 entsprechende Anwendung findende N. 6 zum § 332.

10) Wegen des Verhältnisses zum § 336 vgl. das. N. 5 a.

11) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. aus Abs. 1 ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14_2). Die ordentliche Hauptstr. des vollendeten Verbr. aus Abs. 2 ist Zuchthaus von 1—15 J., die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängnis von 1 T.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie auch neben Gef. auf VbER. erkannt werden; wegen einer anderen Nebenstr. vgl. § 335.

Der Versuch (N. 8) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 335.

In den Fällen der §§. 331 bis 334 ist im Urtheile das Empfangene oder der Werth desselben für dem Staate verfallen zu erklären.

PrStGB. §§ 309—318. Entw. I §§ 311—315, II § 332.

1) Das Empfangene ꝛc. „ist für dem Staate verfallen zu erklären". Die Verfallerklärung (vgl PreßG. § 16₂) ist sonach, abweichend von der bezüglich der Einziehungen geltenden Regel (§ 40 N. 5), obligatorisch vorgeschrieben. Sie hat, wie ausdrücklich hervorgehoben wird, zugunsten des „Staates" (§ 40 N. 4) zu erfolgen.

Voraussetzung für einen dem § 335 entsprechenden Ausspruch ist die Feststllg., daß ein bestimmter Bestochener etwas „empfangen" habe und was es gewesen sei; kann sie nicht getroffen werden, so ist der §. unanwendbar, selbst wenn erwiesen sein sollte, daß der Bestechende etwas gewährt haben sollte; RG. II 20. Mai 04 E. 37 171.

2) „Das Empfangene oder der Wert desselben" ist für verfallen zu erklären.

a) Das „Empfangene" steht im Gegensatz zu dem „Versprochenen" (aM. Schütze S. 529 N. 9) und zu dem nur „Geforderten" bzw. „Angebotenen"; so die GM., insbs. RG. I 29. Sept. 84, IV 17. Nov. 91, E. 11 101, 22 270 (letzteres deshalb die Anwendbarkeit des § 335 in einem Falle verneinend, wo ein Gefangener einen Gefängnisbeamten erfolglos aufforderte, einen zur amtl. Verrechnung bereits abgelieferten Geldbetrag für sich zu behalten). Im übrigen ist aber das „Empfangene" nicht gleichbedeutend mit dem seitens des Bestochenen „Angenommenen"; denn auch der einem Beamten ꝛc. ohne seinen Willen zugegangene Vorteil, dsgl. der nur zum Schein bzw. zur Überführung entgegengenommene Vorteil gehört zum „Empfangenen"; so die GM., insbs. RG. III 29. Sept. 80 R. 2 275, IV 22. Feb. 87 E. 15 348.

b) Der „Wert des Empfangenen" — hier ausnahmsweise berücksichtigt (§ 40 N. 14) — ist durch den Richter der Straffrage festzustellen (N. 5); Rüd.-St. N. 2. Darüber, wie zu verfahren, wenn die Festsetzung des Wertes im Urteil verabsäumt worden, vgl. N. 6b.

Falls der bestochene Beamte zugleich mit dem, was die Vergütung für die Verletzung seiner Dienstpflicht enthielt, anderes empfing, z. B. der Gefangenaufseher Lebensmittel behufs nicht erlaubter Verwendung für einen Gefangenen, so darf — unter vorzunehmender Aussonderung — nur jenes für verfallen erklärt werden; RG. II 16. Dez. 98 E. 31 389.

3) Wenn die Verfallerklärung „des Empfangenen oder des Wertes desselben" vorgeschrieben ist, so soll das bedeuten, daß der „Wert" für den Fall der Unbeibringlichkeit des „Empfangenen" selbst für verfallen zu erklären sei; Jastrow G. 33 60 f., der daher zutreffend bemerkt, daß, wenn das „Empfangene" in „Handlungen o. Unterlassungen" bestanden habe, nur der Wert für verfallen erklärt werden könne. Dagegen werden als „empfangen" nicht bloß „Sachen", wie Jastrow will, sondern auch „Forderungen" für verfallen erklärt werden können; Binding Lb. 2 734, Köbner Einziehung S. 17. Wg. der Wirkung eines dahin gehenden Urteils s. N. 7. Es erscheint deshalb, wie auch Meves HH. 3 972, Oppenh.-D. N. 4 u. Rüd.-St. N. 2 annehmen, statthaft, die Verfallerklärung alternativ bezüglich des Empfangenen oder seines Wertes auszusprechen, während Rubo N. 1, 2 solches sogar für notwendig hält; ebenso Frank N. III 2, falls nicht die Unbeibringlichkeit des Empfangenen feststehe; aM. Alcalay Bestechung S. 59, das Gericht müsse nach seinem Ermessen für das eine oder das andere sich entscheiden; so ferner Binding aO. 735 u. anscheinend auch H. Meyer S. 394.

4) Die richterliche Verpflichtung zur Verfallerklärung ist ausweislich des „ist" gesetzlich unbeschränkt; ob der Gebende an dem „Empfangenen" Eigentum besaß o. nicht, ist gleichgültig; das Eigentumsrecht am „Empfangenen" kommt nicht in Betracht; so: Meves HH. 3 972, Schütze S. 529 N. 9, v. Schwarze N. 2; aM. Frank N. III 2. Dies gilt auch dann, wenn nach der Tat ein Eigentumsübergang auf einen Sondernachfolger stattgefunden hat. Behufs Vollstreckung des Urteils gegen einen Dritten bedarf es allerdings dessen Zuziehung zum Verfahren; Löwe-H. StPO. Buch VI Abschn. 5 N. 1 Aaα.

5) Die Verfallerklärung trägt den Charakter einer Strafe (T. I Abschn. 1 N. 3b⁶), nicht bloß denjenigen einer polizeilichen Maßregel an sich; denn sie trifft den, der aktiven

oder passiven, Bestechung für schuldig Erachteten wegen der bestehenden Ersatzpflicht selbst dann als ein Vermögensnachteil, wenn das Eigentum am Empfangenen nicht dem Verurteilten zustehen sollte (N. 4); so die GM.; auch Köbner Einziehung S. 65 (allerdings wg. der ihr zugrunde liegenden zivilist. ratio eine Strafe sui generis); aM. Rissen Einziehung S. 113.

Die Verfallerklärung des „Wertes des Empfangenen" insbesondere ist jedoch nicht als Geldstrafe i. S. der §§ 27 ff. anzusehen, so daß für den Fall der Unbeibringlichkeit eine Freiheitsstrafe nicht ausgesprochen werden darf; so: RG. I 13. Juli 91 E. 22 103 (gelegentlich), Frank N. III 2, Rubo N. 3, Köbner aO.; aM. Binding Grundr. S. 215 u. Lb. 2 735.

Trotzdem die Verfallerklärung nicht notwendig alternativ zu lauten braucht (N. 3), z. B. nicht, falls das „Empfangene" selbst in gerichtlicher Verwahrung sich befindet, so wird dennoch die alternative Verfallerklärung ev. auf Grund des § 394 StPO. in der Revisionsinstanz ausgesprochen werden dürfen, weil sie höchstens bezüglich der einen Alternative etwas Überflüssiges enthält.

6) Das Verhältnis des § 335:

a) zum § 40 ist kein ausschließendes, vielmehr findet dieser Anwendung, wenn z. B. das unter körperlicher Darreichung „Angebotene" seitens des Beamten sofort zurückgewiesen wurde; so: RG. III 29. Sept. 80 R. 2 275, Oppenh.-D. N. 8, Rüd.-St. N. 1; im Ergebnis übereinstimmend auch RG. I 29. Sept 84 E. 11 101, wenn es — die Vorschrift des § 332 nur als eine (zweifache) Erweiterung des § 40 ansehend (gg. diese Ansicht jedoch Köbner Einziehung S. 15 f.) — annimmt, daß zwar das „unter körperlicher Darreichung Angebotene" als bei der Bestechung „gebraucht" eingezogen werden könne, dagegen nicht das nur mündlich Angebotene, weil es auch nicht zur Begehung des Verg., sondern nur zur Erfüllung des Angebots „bestimmt" sei; ebenso Oppenh.-D. N. 1, während Binding Lb. 2 734 den § 40 nur für anwendbar erachtet, wenn Gegenstände gewährt u. angenommen seien.

b) zum § 42; eine analoge Anwendung der Vorschriften des § 42 findet nicht statt, da § 335 ausdrücklich die Verfallerklärung „im Urteile" vorschreibt, was nach dem Zusammenhange der Bestimmungen nichts anderes bedeuten kann als „in einem eine Verurteilung auf Grund eines der §§ 331—334 aussprechenden Urteile"; deshalb ist, wenn die Verfallerklärung im Urteile verabsäumt wurde, ein selbständiges Verfahren nach Maßgabe der StPO. Buch VI Abschn. 5 §§ 477 ff. nicht statthaft, sondern es kann nur durch Einlegung eines Rechtsmittels Abhilfe geschaffen werden; so die GM.; aM. Binding Lb. 2 735. Daraus ergibt sich zugleich, daß auch eine teilweise Nachholung in der Weise, daß statt des nicht einziehbaren „Empfangenen" nachträglich „der Wert desselben" für verfallen erklärt werde, unzulässig ist; so v. Schwarze N. 3; aM. Rüd.-St. N. 3, dem gegenüber jedoch zu bemerken, daß, soweit § 40 konkurrierend Anwendung findet (a), insoweit ev. auch § 42 Platz greift. Wurde aber zwar der „Wert" im allgemeinen für verfallen erklärt, dagegen nur verabsäumt, den zu erstattenden Wert festzusetzen, so liegt der strafprozessuale Fall vor, daß über die „Berechnung einer erkannten Strafe" Zweifel entsteht und ist deshalb nach StPO. § 490 eine ergänzende Entscheidung des Gerichts herbeizuführen; vgl. Oppenh.-D. N. 5, der Wert sei im Strafurteil genau zu bestimmen u. dürfe nicht einem Zivilverfahren vorbehalten bleiben.

7) In prozessualer Beziehung ist hervorzuheben, daß die „Verfallerklärung" im GVG. § 27² unter „Einziehung" mitverstanden wird, wie klar daraus hervorgeht, daß GVG. § 75¹⁴ gegen die Regel auch beim § 331 die Überweisungsfähigkeit ausdrücklich ausschließt, eine Ausnahme, die sonst überflüssig sein würde; RG. II 27. Feb. 85 E. 12 75. Die „Verfallerklärung des Empfangenen" wird ferner auch als „Einziehung" i. S. der StPO. § 94 zu verstehen sein. Endlich wird die Wirkung des Urteils betreffs des für verfallen erklärten „Empfangenen" dieselbe sein wie bei der Einziehung nach § 40 (das. N. 4₂); aM. Jastrow G. 33 61, wesentlich mit Rücksicht auf die Konsequenzen für das, z. Z. der Emanation des StGB. von der Reichskompetenz ausgeschlossene, Immobiliarrecht.

§. 336.

Ein Beamter oder Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachtheile einer Partei einer Beugung des Rechtes schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 314. Entw. I § 316, II § 333.

1 a) Soweit Subjekt des Verbr. aus § 336 ein „Beamter" (§ 359) ist, handelt es sich um ein eigentliches Amtsdel., das zugleich auch ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 1, 3 b); insoweit liegt das Verbr. der Rechtsbeugung i. e. S. vor, das übrigens, da nicht jeder Verwalter eines Amtes Subjekt des Verbr. sein kann, sondern nur ein solcher Beamter, dem „die Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache" obliegt, ein besonderes Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4 b) ist. Ein derartiger „Beamter" ist „Richter" i. S. des § 334 (das. N. 1 a); so Binding Lb. 2 725 (der freilich beide Bezeichnungen für völlig gleichbedeutend erachtet, da er „Richter" im § 334 nur vom beamteten R. versteht); aM.: Meves HH. 3 978, 986, Schütze 530 N. 11, Frank N. I.

b) Ist ein „Schiedsrichter" (§ 334 N. 1 b) Subjekt des Verbr., so kann, da er Verwalter eines öffentl. Amtes nicht ist (§ 334 N. 6), von einem Verbr. der Rechtsbeugung nicht eigentlich die Rede sein; vielmehr handelt es sich um einen strafb. Vertrauensbruch; Binding aO. 564, Hälschner 2 1073, H. Meyer S. 682, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 205.

c) Im Unterschiede vom § 334 wird der „Geschworenen und Schöffen" nicht gedacht. Bezüglich der ersteren erklärt dies sich dadurch, „daß ihnen, da sie für ihren Spruch keine Gründe anzugeben haben, eine „Rechtsbeugung" als solche nicht nachweisbar ist"; so Meves HH. 3 986 N. 14; aM. H. Meyer S. 682 u. Oppenheim aO. 193, die eine entsprechende gegen Geschworene gerichtete Bestimmung für sachgemäß erachten. Bezüglich der Schöffen liegt dagegen ein zureichender Grund nicht vor, namentl. ist die Bemerkung von Berner S. 670, daß man bei Abfassung des StGB. von Schöffen noch nichts gewußt habe, unrichtig. Es besteht hier eine Gesetzeslücke, wie bezüglich aller Personen, die, ohne Beamte zu sein, an der Rechtsprechung in einer Rechtssache teilnehmen; Binding Lb. 2 557, Oppenheim aO.

2 a) Die „Rechtsbeugung" i. S. des § 336 setzt zu ihrer Vollendung voraus, daß die „Rechtssache" von dem Beamten rc. gegen das objektive Recht, d. h. unter Verletzung materieller o. prozessualer Rechtsnormen „geleitet o. entschieden" (vgl. „bei der Leitung oder Entscheidung") sei; so: Berner S. 670, Binding Lb. 2 559, Hälschner 2 1075, Frank N. II, v. Schwarze N. 7, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 86, auch Kohler Studien 1 35 u. DJZ. 9 617 f. (freilich mit der Ausführung, daß der Begriff der Rechtsbeugung nicht aus dem obj., sd. aus dem subj. R. sich ergebe). AM.: Meves HH. 3 989, Schütze S. 530, Oppenh.-D. N. 4, Rubo N. 3. Darüber, daß eine Rechtsbeugung vorliegt, wenn der Richter gegen bessere Überzeugung (N. 3) jemanden verurteilt, gegen den nichts erwiesen ist, dessen Schuld aber später festgestellt wird, kann kein Zweifel sein, da hier bei der Verurteilung gegen eine wichtige prozessuale Rechtsnorm verstoßen ist; vgl. Rüd.-St. N. 2. Im übrigen aber kann eine Verschiedenheit der Auffassung darüber, wann eine Verletzung des objektiven Rechts im obigen S. anzunehmen sei, im Einzelfalle zu einer abweichenden Beurteilung trotz gleichen prinzipiellen Standpunktes, bzw. umgekehrt zu einer gleichen Beurteilung trotz entgegenstehender prinzipieller Auffassung führen; so nehmen Binding aO. 560 u. Oppenheim aO. 225 ff. an, daß der Richter bei Auslegung eines streitigen Rechtssatzes das Recht beuge, sobald er gegen seine subjektive Überzeugung, jedoch in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung bzw. mit der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes, Recht spreche; zum gleichen Ergebnis aber gelangt Meves aO. Für die Frage jedoch, ob objektiv eine Rechtsnorm verletzt sei, kann nicht die subjektive Auffassung des btr. Beamten rc. maßgebend sein, sondern nur das Gesetz selbst, über dessen Auslegung der zur Entscheidung berufene erkennende Richter zu befinden hat.

b) Unter „Rechtssache" ist hier, wie der Ausdruck „einer Partei" völlig klarstellt, nur eine solche streitige Rechtssache zu verstehen, bei der „Parteien" sich gegenüberstehen (vgl. auch § 334 N. 3, insbs. b); so: Binding aO. 556, Hälschner 2 1073 f., Meves HH. 2 979, Schütze S. 529, Oppenh.-D. N. 2, auch Oppenheim aO. 125 (der freilich das Wort „Partei" für ganz einflußlos erachtet); aM.: H. Meyer S. 682, v. Schwarze N. 1 a. Dagegen ist aus dem Ausdrucke „Partei" eine Einschränkung hinsichtlich des Strafverfahrens nicht zu folgern; neben den streitigen Zivilsachen kommen vielmehr unter der obigen Voraussetzung auch Strafsachen — einschließlich derjenigen Strafsachen, in denen nach den Vorschriften der StPO. eine besondere Art des Verfahrens eingerichtet ist (RG. I 10. Apr. 94 E. 25 276, insbs. btr. des Verfahrens durch Erlaß einer poliz. Strafverfügung; vgl. auch das § 345 N. 9 zit. E. 26 56) — sowie der Disziplinarsachen und der Verwaltungsstreitsachen in Betracht, mag auch hier der Träger der einen Parteirolle Vertreter einer öffentl. Behörde sein; so: Berner S. 670, Meves, Schütze aO., auch Binding aO. 556 N. 6, 557, abgesehen von den Disziplinarsachen; aO. 544 N. 3. Ist übrigens „Partei" auch nicht mit „Beteiligter" i. S. des § 334 (das. N. 5) für gleichbedeutend zu erachten (so jedoch Schütze S. 530 N. 11 u. sachlich auch Binding aO. 558), so ist der Ausdruck nicht gerade auf die sog. Hauptparteien eines Rechtsstreites zu beschränken; Hälschner 2 1074, Meves HH. 3 980, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 2, Oppenheim aO. 129.

c) Die Rechtsbeugung kann allg. Grundsätzen gemäß auch durch eine „Unterlassung" (§ 1 N. 3a) verübt werden; Schütze S. 530, Sturm Unterlassungsdel. S. 380; vgl. auch Binding aO. 561, 564.

3) In subjektiver Beziehung ist erforderlich, daß die Rechtssache „vorsätzlich zugunsten oder zum Nachteile einer Partei" geleitet o. entschieden werde, weshalb insoweit der Eventualdolus für ausgeschlossen zu erachten ist (§ 59 N. 6). Der Beamte rc. muß daher die Ungerechtigkeit gewußt u. gewollt haben; RG. I 19. Apr. 94 E. 25 276, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 215 f. Da übrigens die Worte „zugunsten o. zum Nachteile einer Partei" auch nur die subjektive Richtung kennzeichnen (§ 334 N. 4; aM.: Binding Lb. 2 563, Frank N. III), so braucht der Wille nur auf die Begünstgg. o. Benachteilgg. einer Partei zu gehen, obschon nach dem N. 2b Bemerkten dies tatsächlich zugleich umgekehrt zur Benachteilgg. o. Begünstgg. der anderen Partei gereichen würde; Binding aO. 562 u. Oppenheim aO. 131 erachten diesen Erfolg jedoch nicht für notwendig.

Ein weiteres als jener Vorsatz wird in subj. Beziehung nicht erfordert, insbs. nicht eine auf die Begünstgg. o. die Benachteilgg. als den erstrebten Erfolg der Hdlg. gerichtete Absicht; zit. RG. E. 25 276. Das Motiv, aus dem die Rechtsbeugung entsprungen, ist ebenfalls gleichgültig; Schütze S. 530, Oppenh.-D. N. 4.

4) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar, so namentl. dann, wenn es der Entscheidung eines Kollegiums bedarf; so: Binding Lb. 2 563, Hälschner 2 1070, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 227; aM. Rüd.-St. N. 5. Durch nur subjektiv unrichtiges, objektiv aber richtiges Entscheiden wird kein strafb. Vers. begangen, weil nur ein Putativdelikt vorliegt; Binding Lb. 2 559 N. 2, Frank N. III, Kohler Studien 1 35.

5a) Mit dem Verbr. der sog. passiven Bestechung aus § 334 Abs. 2 tritt ev. Realkonk. (§ 74) ein; so: Binding Lb. 2 729 N. 2, Oppenh.-D. N. 5; aM.: Berner S. 671, Meves HH. 3 986 N. 13, Schütze S. 530 N. 10, v. Schwarze N. 1 A. 2, sowie die früheren Aufl. des Komm., während Rüd.-St. N. 4 wenigstens für die Regel Realkonk. (§ 74) annimmt.

b) Wegen des Verhältnisses zum § 343 vgl. das. N. 6, zum § 344 das. N. 6.

6) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14₁), neben dem nach § 32 VbER. erkannt werden kann. Der Versuch (N. 4) ist nach den §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73^2.

§. 338.*)

Ein Religionsdiener oder Personenstandsbeamter, welcher wissend, daß eine Person verheirathet ist, eine neue Ehe derselben schließt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 139 Abs. 2. Entw. I § 318, II § 335.

1) Das Verbr. aus § 338 ist ein eigentliches **Amtsdelikt** (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt ist ein „Religionsdiener oder Personenstandsbeamter", also, da ersterer hier nur insofern genannt ist, als er standesamtliche Verrichtungen auszuüben hat, folglich in amtlicher Eigenschaft tätig ist, unbedingt ein Beamter (§ 359), so daß das Delikt stets auch ein **Beamten-Delikt** ist (Abschn. 28 N. 3a). Nachdem übrigens das Recht, eine bürgerlich gültige Ehe zu schließen, lediglich auf Standesbeamte oder mit Wahrnehmung standesamtlicher Rechte betraute Personen übergegangen ist (vgl. § 171 N. 4b), kommen „Religionsdiener" (§ 130a N. 2) als Subjekte des Verbr. aus § 338 nur unter besonderen Verhältnissen in Betracht, so bei Grenzpfarreien, deren Gebiet ins Ausland sich erstreckt; Hälschner 2 1085, H. Meyer S. 684 N. 22, Frank N. II, v. Schwarze N. 1 A. 6.

Da das Verbr. aus § 338 nur von bestimmten Beamten begangen werden kann, so gehört es zu den **besonderen** Amtsdelikten (Abschn. 28 N. 4a).

2) Darüber, wann eine Person als „verheiratet" anzusehen sei, sowie wegen „Schließung einer neuen Ehe" vgl. § 171 N. 3, 4.

3) Ein **Versuch** (§ 43) des Verbr. ist denkbar; vgl. § 171 N. 8.

Wegen **Teilnahme** (T. I Abschn. 3) der Zeugen an dem Amtsverbr. sowie wegen des **Verhältnisses** zum § 171 vgl. das. N. 4c i. V. mit Abschn. 28 N. 8.

4) Die **Hauptstrafe** des **vollendeten** Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), **neben** dem nach § 32 VbER. erkannt werden kann. Der **Versuch** (N. 3) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 strafbar.

Die **Strafverfolgung** verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren; die Sonderbestimmung des § 171_3 findet nach dem N. 3 Bemerkten hier keine Anwendung; Meves HH. 3 1009, Oppenh.-D. N. 5.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73².

§. 339.

Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nöthigt, wird mit Gefängniß bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

In den Fällen der §§. 106, 107, 167 und 253 tritt die daselbst angedrohte Strafe ein, wenn die Handlung von einem Beamten, wenn auch ohne Gewalt oder Drohung, aber durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben begangen ist.

PrStGB. § 315. Entw. I § 319, II § 336. Aktenst. Nr. 105, 175 22, 182 47. StB. S. 1175.

Vgl. § *358.*

1) Sowohl das Delikt aus Abs. 1 als auch die Delikte aus Abs. 3 erfordern als Tatbestandsmerkmal „Mißbrauch der Amtsgewalt o. Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben". Hieraus folgt, daß sämtliche Delikte aus § 339 **eigentliche Amtsdelikte** (Abschn. 28 N. 1) sind; vgl. jedoch Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 9.

2) **Subjekt** der Delikte aus § 339 muß ein „Beamter" (§ 359) sein, die Delikte sind daher zugleich **Beamten-Delikte** (Abschn. 28 N. 3a).

---

*) § 337 ist ersetzt durch den § 67 des G. über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung v. 6. Februar 1875 (RGBl. S. 23); so die Bemerkung in der Bekanntmachung des Textes des StGB. auf Grund der StGN. Art. V. Vgl. jetzt EGBGB. Art. 46 III.

Aber nicht jeder Beamte kann Subjekt eines Deliktes aus § 339 sein, sondern nur ein solcher, dem eine „Amtsgewalt" zusteht (N. 3), weshalb die Amtsdelikte aus § 339 sog. besondere sind (Abschn. 28 N. 4 b); aM.: Binding Lb. 2 410, Hälschner 2 1047, H. Meyer S. 678 N. 4, Rüd.-St. N. 1.

3) Unter „Amtsgewalt" ist der Inbegriff derjenigen Befugnisse eines Beamten zu verstehen, die ihn berechtigen, unter gewissen Voraussetzungen zu Zwangsmaßregeln überzugehen; es steht sonach keineswegs einem jeden Beamten eine Amtsgewalt zu; so Oppenh.-D. N. 3, im wesentlichen auch Rubo N. 2; aM. RG. II 30. Nov. 83 E. 9 228, das weitergehend § 339 auf alle Beamte bezieht, die mittelbar o. unmittelbar in der Lage seien, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, ferner: Hälschner 2 1047 (eine Amtsgewalt stehe jedem Beamten zu, der eine obrigkeitl. Gewalt habe), Meves HH. 3 974 (Amtsgewalt sei der Inbegriff aller einem Beamten anvertrauten Funktionen), Frank N. II, Rüd.-St. N. 1.

4a) Ein „Mißbrauch (vgl. § 176 N. 13) seiner Amtsgewalt" seitens des btr. Beamten liegt vor, wenn er bei Anwendung der ihm in abstracto zustehenden (vgl. „seiner") Zwangsmaßregeln die hierfür durch Gesetz u. Dienstinstruktionen gegebenen Vorschriften verletzt, namentl. also beim Mangel der notwendigen Voraussetzungen zu jenen Maßregeln schreitet; so im wesentlichen: Meves HH. 3 974, Hälschner 2 1047, Oppenh.-D. N. 3, v. Schwarze N. 4, letztere drei sowie Dresden 23. März 77 St. 7 357 unter zutreffender Hervorhebung, daß Anmaßung fremder Kompetenz nicht hierher gehöre; ähnlich Frank N. II. Der „Mißbrauch" kann auch in einer Unterlassung bestehen (Hälschner aO., v. Schwarze N. 7), ist somit entweder ein unrechtmäßiger Gebrauch o. Nichtgebrauch der Amtsgewalt; RG. II 9. Juni 03 G. 50 387. Bejaht wurde ein „Mißbrauch der Amtsgewalt" von Berlin 22. Juni 78 O. 19 325 in einem Falle, wo ein Polizeibeamter widerrechtlich die Erteilung der Bescheinigung zur Abhaltung einer Versammlung verweigerte und nachher selbige wegen fehlender Bescheinigung auflöste, sowie von RG. IV 2. Okt. 96 G. 44 252 bei der Bedrohung eines flüchtenden Holzdiebes seitens eines Forstbeamten (in Mecklenburg) mit einem Schießgewehr (vgl. § 240 N. 12_1).

b) Die „Androhung (vgl. § 48 N. 11a) eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt", der nicht unbedingt strafbar zu sein braucht, wenn er auch stets eine unerlaubte Hdlg. darstellt (Binding Lb. 1 85 N. 3, 92), bedingt, daß die zu ergreifende konkrete Zwangsmaßregel erkennbar bezeichnet werde; Hälschner, Meves aO., Frank N. III. Angenommen wurde dieses Tatbestandsmerkmal von RG. III 1. Juli 82 R. 4 667 bei der Drohung eines Polizeianwalts mit polizeilicher Untersuchung und Bestrafung, falls einem bestimmten rechtlich unbegründeten Befehl nicht gehorcht werde.

5 a) Das Verg. aus Absatz 1 enthält im übrigen völlig den Tatbestand der Nötigung aus § 240; so insbs. hinsichtlich der Widerrechtlichkeit: RG. III 10. Mai 83 E. 8 302, Binding Lb. 1 92, Hälschner 2 1047, v. Liszt S. 578 (§ 100). Abgesehen davon, daß der Täter ein „Beamter" sein muß, besteht die Modifikation lediglich darin, daß die in N. 4 benannten Mittel der Nötigung an Stelle „der Gewalt oder Bedrohung mit einem V. o. V." treten. Demnach ist notwendig, daß der Amtsmißbrauch ꝛc. der Hdlg. vorhergehe, was das N. 4a zit. RG. G. 50 387 sowie Berlin 28. Mai 75 St. 5 168 i. c. verneinte, weil nur ein künftiger Amtsmißbrauch befürchtet wurde.

b) In ähnlicher Weise sind die Delikte aus Absatz 3 nur Modifikationen derjenigen aus den §§ 106, 107, 167 bzw. 253; die Fassung des Abs. 3 ist freilich hinsichtlich der Worte „wenn auch ohne . . . Drohung, aber" insofern bedeutungslos, als die §§ 167 u. 253 ganz allgemein eine „Drohung" verlangen, welchem Erfordernisse die „Androhung eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt" entspricht; Binding Lb. 1 377 N. 6 erachtet die Bestimmung des Abs. 3 für die Erpressung überhaupt gegenstandslos.

6) Der Dolus erfordert namentl. das Bewußtsein des Mißbrauchs der Amtsgewalt; so die GM., insbs. RG. IV 2. Okt. 96 G. 44 252.

7) Der Versuch (§ 43) des Verg. aus Abs. 1 ist im Abs. 2 ausdrücklich für strafbar erklärt; bezüglich des Versuchs der Delikte aus Abs. 3 gelten die allgemeinen bzw. die in

den angezogenen §§. gegebenen besonderen Bestimmungen; so: Hälschner 2 1048, Oppenh.-D. N. 7, v. Schwarze N. 10; aM. Meves HH. 3 976 f., der Abs. 2 beziehe sich auch auf Abs. 3.

Hiernach ist der Versuch des Verg. aus Abs. 3 i. V. mit § 107 bzw. § 253 nach den dortigen Bestimmungen, derjenigen des Verbr. aus Abs. 3 i. V. mit § 106 nach § 43 strafbar und nur der Versuch des Verg. aus Abs. 3 i. V. mit § 167 straflos.

8) Wegen des Verhältnisses zum § 340 vgl. das. N. 8b, zum § 353 das. N. 6a.

9) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. aus Abs. 1 ist Gefängnis von 1 T. bis 5 J. (§ 16); wegen einer Nebenstr. vgl. § 358. Der Versuch (N. 7) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen (vgl. auch § 45 N. 1₂).

Die Strafverfolgung verjährt im Falle des Abs. 1 nach § 67₂ in fünf Jahren. Zuständig ist für das Verg. aus Abs. 1 Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit in den Fällen des Abs. 3 vgl. die dort zitt. §§.

§. 340.

Ein Beamter, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorsätzlich eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf Einen Tag Gefängniß ermäßigt oder auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Ist die Körperverletzung eine schwere, so ist auf Zuchthaus nicht* unter zwei Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

PrStGB. § 316. Entw. I § 320, II § 337. Aktenst. Nr. 105.
Vgl. § 358.

1) Die Delikte aus § 340 sind uneigentliche Amtsdel. (Abschn. 28 N. 2; s. u. N. 6a). Da deren Subjekt nur ein Beamter (§ 359), andererseits aber ein jeder Beamter sein kann, so gehören die Delikte zu den sog. allgemeinen Amtsdel. und sind zugleich Beamten-Delikte (Abschn. 28 N. 3a, 4a).

2) Der Tatbestand erfordert im allg. eine „vorsätzliche Körperverletzung" (§ 223), derjenige aus Abs. 2 insbs. eine „schwere Körperverletzung" (§ 224, insbs. N. 1₂). Der Begriff der „Körperverletzung" ist auch im § 340 keineswegs auf „Gesundheitsbeschädigung" zu beschränken; Dresden 21. Aug. 76 St. 7 193.

Hiernach hat die in Ausübung ꝛc. des Amtes begangene Körperverltzg. die allgemeinen Vorbedingungen der Strafbarkeit mit den gemeinen Körperverltzgen der §§ 223 ff. des Abschn. 17 gemein; RG. II 4. Juli 82 E. 6 432.

3) Der Beamte, als Subjekt des Delikts, braucht die Körperverletzung nicht selbst zu „begehen", es genügt vielmehr, wenn er sie „begehen läßt". Hinsichtlich der Bedeutung des „Lassens" ergibt sich zunächst aus dem Zusammenhange der §§ 340, 341, 343, 345, wo der Ausdruck wiederkehrt, daß ein bloßes „Geschehenlassen", ein „Nicht-Hindern" bzw. das „Unterlassen der Abhaltung Dritter von der Begehung der Körperverltzg. ꝛc." (vgl. die §§ 346, 347, 357) bei Kenntnis von der btr. Maßregel ꝛc. nicht ausreicht; andererseits erscheint die positive Anordnung der Maßregel nicht notwendig, vielmehr genügt eine im Zusammenhange mit der Amtsübung (N. 4) sich bewegende Mitwirkung des Beamten, durch die der in den §§ 340 ꝛc. vorausgesetzte Erfolg herbeigeführt wird, wobei der allg. Regel (T. I Abschn. 3 N. 3) entsprechend die Mitwirkung unter Umständen auch in einer Unterlassung bestehen kann. So im wesentlichen: RG. I 9. Jan. 82 E. 5 332, Binding Lb. 1 51, Hälschner 2 1048, Meves HH. 3 952, Schütze S. 534 N. 8, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 5, Rüd.-St. N. 2, Wahlberg ZStrW. 2 177, Sturm Unterlassungsdel. S. 380, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 221 (btr. § 343), Landsberg Kommissivdel. S. 213. AM.: Geyer 2 196, v. Liszt S. 579, H. Meyer S. 681 N. 16, Rubo N. 4, v. Schwarze N. 3, Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, die darunter ein doppeltes, d. h. sowohl das (passive)

Geschehenlassen als auch das (positive) Anordnen der Vollziehung verstehen. Ob der die Körperverltzg. begehende Dritte selbst strafbar oder als willenloses Werkzeug straffrei ist, kommt nicht in Betracht; so die GM.

4) Der Beamte muß die in N. 3 bezeichnete Tätigkeit „in Ausübung" (über die Ungenauigkeit dieses, im Grunde nur für Beamte mit Züchtigungsr. zutreffenden Ausdruckes vgl. Binding Lb. I 5, 2 411) oder „in Veranlassung der Ausübung des Amtes" (§ 130a N. 4a, b) entwickelt haben. Ob die Ausübung an sich eine rechtmäßige war oder nicht, ist gleichgültig; RG. I 23. Feb. 88 E. 17 165, Hälschner 2 1049, Meves HH. 3 950; insbs. auch, ob dem Beamten an sich ein Einschreiten mittels Gewalt zustand oder nicht; RG. I 23. Nov. 85 R. 7 691. Nicht jede „mit Übertretung einer Amtspflicht" (§ 232 N. 2) begangene vorsätzl. Körperverltzg. fällt notwendig unter § 340; RG. I 17. Nov. 83 E. 9 204.

5) Die objektive Rechtswidrigkeit der Hdlg. (§ 223 N. 9) ist — abgesehen von der Einwilligung des Verletzten (N. 6) — häufig durch Gesetze und Instruktionen ausgeschlossen, die dem Beamten die Begehung einer Körperverltzg. unter Umständen gestatten bzw. zur Pflicht machen. Wegen der Schulzucht vgl. insbs. § 223 N. 10b. In Betracht kommen hier namentl. auch die Gesetze über den Waffengebrauch; für Preußen vgl. Berlin 22. Feb. 77 O. 18 163.

6) Bezüglich des Verhältnisses des § 340 zu den gemeinen Delikten der vorsätzl. Körperverltzg. (Abschn. 17) ist zunächst hervorzuheben, daß die allgemeinen Bedingungen der Strafbarkeit dort dieselben sein müssen wie hier (N. 2); RG. II 4. Juli 82 E. 6 432. Daraus folgt aber nicht, daß auch im Falle des § 340, ebenso wie bei der gemeinen vorsätzl. Körperverltzg. (§ 223 N. 9a), die Rechtswidrigkeit (N. 5) durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen werde; die dem mißhandelnden Beamten gegenüber erklärte Einwilligung erscheint vielmehr bedeutungslos, da der Beamte nicht als Privatperson, sd. als Vertreter des Staats in Betracht kommt, dieser aber die Körperverltzg. — die gesetzlichen Ausnahmen vorbehalten — dem Beamten schlechthin verbietet; so Binding Hb. I 728 u. Grundr. I 51; aM. Keßler GS. 38 577 u. die früheren Aufl. des Komm. Bezüglich des Verhältnisses zu den einzelnen strafb. Hdlgen aus Abschn. 17 gilt folgendes:

a) Gegenüber der einfachen Körperverltzg. aus § 223_1 bzw. der schweren aus § 224 sind die Amtsdel. aus Abs. 1 bzw. Abs. 2 die spezielleren, da die Eigenschaft des Täters als Beamten (N. 1) i. V. mit dem „Amtsmißbrauch" (N. 4) lediglich straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 sind; RG. II 22. Mai 85 E. 12 223, Oetker GS. 64 190.

b) Mit den §§ 223_2, 223a, 225 ist Idealkonk. denkbar, da die Delikte aus § 340 durch die unter a hervorgehobenen Momente, die gemeinen Delikte aber durch die straferhöh. Umst. der §§ 223_2, 223a bzw. durch die im § 225 erforderte Absicht spezieller sind, folglich kein Delikt das andere ausschließt; so zit. RG. E. 12 223; aM. RG. II 4. Juli 82 E. 6 432, I 20. März 84 R. 6 212, beide Idealkonk. des § 340 mit § 223a verneinend, ferner Hälschner 2 1049 u. H. Meyer S. 681.

Was insbs. das Verhältnis zum § 225 betrifft, so beruht es auf einem Redaktionsfehler, daß zwar das (nach § 73 N. 29 Ia) schwerere Strafgesetz des § 340 im Abs. 2 mild. Umst. zuläßt, dagegen § 225 nicht; so: Hälschner 2 1050, H. Meyer aO. N. 15, Meves HH. 3 953 N. 8, Oppenh.-D. N. 7, Geyer GS. 26 334, John G. 25 409; aM. Thomsen GS. 30 97.

In allen diesen Fällen ist die Strafe nach § 73 stets aus § 340 zu bemessen; demnach darf auch i. F. beabsichtigter schwerer Körperverltzg. (§ 225) bei Annahme m. U. auf Gef. erkannt werden; aM. Binding Lb. I 51, nach dem „in analoger Anwendung" des § 225 stets auf Zuchth. nicht unter 2 J. erkannt werden muß.

c) Mit § 226 ist gleichfalls Idealkonk. möglich (vgl. oben b), jedoch ist die Strafe nach § 73 stets aus § 226 i. V. mit § 228 zu bemessen; so: zit. RG. E. 12 223, Oppenh.-D N. 7; aM.: Binding Lb. I 50, Hälschner aO., Meves HH. 3 952, die §§ 226, 228 seien ausschließlich anzuwenden.

7) Hinsichtlich der Anwendbarkeit der besonderen Vorschriften der §§ 231—233 auf die Fälle des § 340 ist hervorzuheben:

a) Auf Buße darf erkannt werden. So: **RG.** — unter Aufgabe der früheren **N.** — II 22. Mai 85 **E. 12** 223, I 31. Mai 86 **R. 8** 409 (bei der Bestimmung des § 231 sei zweifellos nur an Körperverlzgen i. S. der §§ 223 ff. gedacht, aber eine vorsätzl. zugefügte K. höre deshalb nicht auf, eine solche zu sein, weil sie von einem Beamten in Ausübung seines Berufs zugefügt sei), **Binding** Lb. **1** 52, **Finger 1** 508, **Hälschner 2** 1050 (es stehe auch § 73 nicht entgegen, weil ein Fall der Idealkonk. überhaupt nicht vorliege, ferner lasse die Fassung des § 231 eine Beschränkung seiner Anwendbarkeit auf Abschn. 17 nicht zu), **v. Liszt** S. 579, **H. Meyer** S. 376, **Frank** N. 1, **Rubo** N. 10, **Wächter** Buße S. 53, **Habermaas** Idealkonk. S. 30, **Reinhardt** Geldstr. S. 34. **AM.**: **Meves** HH. **3** 952, **Rüd.-St.** N. 7, **v. Schwarze** N. 5 u. **GS. 24** 284.

b) Ein Strafantrag ist nicht erforderlich; so die **GM.**

c) Die Kompensationsfähigkeit ist unbedingt ausgeschlossen, mag § 340 gegen einen oder gegen beide Angeschuldigte Anwendung finden; so: **RG.** II 4. Juli 82 **E. 6** 432, **Binding** Lb. **1** 51, **Geyer 2** 22, 196, **Hälschner 2** 1050, **Merkel** S. 300, **Meves** HH. **3** 952, **Frank** N. 1, **Oppenh.-D.** N. 9, **Rüd.-St.** N. 8, **v. Schwarze** N. 5, **Kronecker GS. 41** 207, **Steinitz** Kompensation S. 38; **aM.** Berlin 15. Juni 77 **St. 7** 303.

Übrigens gilt dasselbe auch bezüglich der von Personen des Soldatenstandes (MStGB. §§ 125, 122) bzw. von PrGendarmen (PrMStGB. §§ 188, 183) in Ausübung des Dienstes ꝛc. verübten Körperverlzgen; **Steinitz** aO.

8 a) Ein Versuch des Verbr. aus Abs. 2 ist nicht denkbar; vgl. §§ 43 N. 5, 224 N. 13.

b) Die §§ 339 u. 341 stehen nicht im Verhältnis der Gesetzeskonk. zueinander, derartig, daß etwa § 341 notwendig Nötigg. i. S. des § 339 in sich schließe; **RG.** I 23. Nov. 03 **G. 51** 54. Im Falle einer Idealkonk. mit § 339 ist die Strafe aus letzterem zu bemessen (§ 73 N. 29 I b α 2); **RG.** IV 22. Okt. 97 **E. 30** 284.

9) Die ordentliche Hauptstrafe des Verg. (Abs. 1) ist Gefängnis von 3 Mt. bis 5 J. (§ 16), die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 b ff.) angedrohte Hauptstrafe wahlweise Gefängnis von 1 T.—5 J. o. Geldstr. von 3—900 M. (§ 27), wobei die Bestimmung des Höchstbetrages der letzteren angesichts des § 223_1 auf einem durch die StGN. veranlaßten Redaktionsfehler beruht. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

Die ordentliche Hauptstrafe des Verbr. (Abs. 2) ist Zuchthaus von 2—15 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängnis von 3 Mt.—5 J. Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. VbEN. erkannt werden.

10) Die Strafverfolgung verjährt beim Verg. (Abs. 1) nach § 67_2 in fünf, beim Verbr. (Abs. 2) nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

Zuständig ist: wegen das Verg. (Abs. 1) **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27;
wegen das Verbr. (Abs. 2) **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 341.

Ein Beamter, welcher vorsätzlich, ohne hierzu berechtigt zu sein, eine Verhaftung oder vorläufige Ergreifung und Festnahme oder Zwangsgestellung vornimmt oder vornehmen läßt, oder die Dauer einer Freiheitsentziehung verlängert, wird nach Vorschrift des §. 239, jedoch mindestens mit Gefängniß von drei Monaten bestraft.

PrStGB. § 317. Entw. I § 321, II § 338. Aktenst. Nr. 105, 119 15, 193 I 6, II. StB. S. 754—757, 1175 f.

Vgl. § 358.

1) Subjekt des Deliktes aus § 341 muß ein Beamter (§ 359), kann aber andererseits ein jeder Beamter sein, so daß das Delikt zu den sog. allgemeinen Amtsdelikten gehört und zugleich ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3 a, 4 a); so: **RG.** II 11. Juni 95 **E. 27** 287 (in Anwendung des §. auf Beamte, die an sich nicht befugt sind, Verhaftungen ꝛc. vorzunehmen), **Hälschner 2** 1052, **Meves** HH. **3** 950, **Oppenh.-D.** N. 1, **Rüd.-St.**

N. 1; aM. Binding Lb. 2 411, nur die Beamtenkreise seien der Täterschaft fähig, in deren generelle Zuständigkt. die Sistierungshdlgen fielen; vgl. andererseits aber Lb. 1 101.

2) Wegen der äußeren Handlung, die voraussetzt, daß der Täter als Beamter gehandelt, daß er somit seine Beamteneigenschaft geltend gemacht habe (RG. II 11. Juni 95 E. 27 287), ist auf den Tatbestand der gemeinen Freiheitsberaubung aus § 239 zu verweisen, jedoch läßt § 341 die Maßgabe zu, daß der Beamte die Verhaftung nicht selbst vorzunehmen braucht, sondern auch „vornehmen lassen" kann (vgl. deshalb § 340 N. 3).

Im übrigen spezialisiert § 341 lediglich hinsichtlich der Art, in der die Freiheitsberaubung vor sich gegangen sein muß; in dieser Beziehung wird alternativ erfordert:

a. eine „Verhaftung", gleichgültig ob im Straf-, Zivilprozeß- o. Konkursverfahren (vgl. StPO. §§ 112 ff., MStGO. §§ 175 ff., ZPO. § 890, KO. § 106), oder ob im Disziplinarverfahren, sei es gegen Beamte oder gegen Personen des Beurlaubtenstandes;

b. eine „vorläufige Ergreifung und Festnahme", sei es auf Grund der die „vorläufige Festnahme" regelnden §§ 127 ff. StPO. bzw. der §§ 180 ff. MStGO., sei es auf Grund besonderer Gesetze, z. B. nach dem PrG. v. 12. Feb. 1850, dessen § 6 die „vorläufige Verwahrung" regelt; hierher wird auch unter Umständen die Einsperrung in eine Kranken- o. Irrenanstalt zu rechnen sein, die Oppenh.-D. N. 3 als „Verhaftung" ansieht; übrigens ist aus der kumulativen Verbindung „Ergreifung und Festnahme" zu folgern, daß eine bloße Ergreifung bei sofortiger Entlassung nicht unter § 341 fallen kann; Hälschner 2 1051, Meves HH. 3 953, Oppenh.-D. N. 2;

c. eine „Zwangsgestellung", d. h. die jetzt sog. Vorführung; vgl. StPO. §§ 133 f., 229, 235, 370, 427, 489, MStGO. §§ 186, 266, KO. § 106;

d. eine „Verlängerung der Dauer der — an sich berechtigten — Freiheitsentziehung", vorausgesetzt, daß es nicht um eine auf einem Strafurteil beruhende Freiheitsentziehung sich handelt, weil dann § 345 Platz greift; Hälschner 2 1052, Meves HH. 3 952, Frank N. II 3; diese Alternative erachtete für vorliegend RG. II 14. Jan., 23. Sept. 87, R. 9 455, 456 im Falle einer poliz. Verwahrung auf Grund des PrG. v. 12. Feb. 1850 § 6 gegenüber einem Beamten, der die Freiheitsentziehung fortdauern ließ trotz Überzeugung, daß sie entweder von vornherein auf einem tats. o. rechtl. Mißverständnisse beruhe, oder daß der Grund für deren Anordnung fortgefallen sei.

3) „Vorsätzlich, ohne hierzu berechtigt zu sein", heißt es im § 341 gegenüber dem „vorsätzlich u. widerrechtlich" im § 239; ein sachlicher Unterschied liegt dennoch nicht vor (vgl. die nähere Ausführung in der entsprechenden N. der 5. Auflage des Komm.); RG. III 15. Feb. 83 E. 8 104, II 13. Okt. 94 G. 41 388, Binding Lb. 1 100 f., Geyer 2 196 Hälschner 2 1052, Frank N. 1, Rüd.-St. N. 2, Sontag G. 19 296.

Wegen Nicht-Ausschlusses der Widerrechtlichkeit durch die Einwilligung des Verletzten gilt das in N. 6 zum § 340 Bemerkte entsprechend; so Binding Hb. 1 728; aM. Keßler GS. 38 577 u. die früheren Aufl. des Komm.

4) Aus den Ausführungen in den N. 2, 3 folgt, daß das Delikt aus § 341 ein uneigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 2) ist, bei dem die Beamteneigenschaft des Täters gegenüber dem gemeinen Delikte aus § 239 einen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet (vgl. deshalb § 50 N. 4 Ie); denn selbst soweit die Freiheitsberaubung durch Hdlgen begangen wird, die, wie eine „Verhaftung", an sich nur der Verwalter eines Amtes vornehmen darf, steht doch nur die — lediglich in einer bestimmten Modalität sich darstellende — Verletzung derselben, an alle gleichmäßig sich wendenden Norm in Frage; vgl. jedoch Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 26, Ortloff Überschreitungen d. Züchtigungsr. (Neuwied, Leipzig 1891) S. 70 sowie Oetker GS. 64 173, im schwurgerichtl. Verfahren habe die Frage auf den Tatbestand des Gesetzes zu gehen; die Gesetzeskonk. bleibe latent. Demgegenüber wird zuzugeben sein, daß die nach StPO. § 295, „geeignetenfalls" gestattete Vorlegung einer „besonderen Frage" nach der formellen Fassung des § 341 stets wird geschehen müssen.

5) Wegen Teilnahme (T. I Abschn. 3) vgl. § 50 N. 4 Ie i. V. mit Abschn. 28 N. 8.

6) Wegen der Strafe vgl. § 239 N. 13; die im Falle der Abs. 2, 3 des § 239 zugelassenen mild. Umst. können auch beim § 341 zur Anwendung kommen (zweifelhaft ist Meves HH. 3 954), jedoch ist der Strafminbestbetrag i. F. des § 239, nach der Vorschrift des § 341 nicht ein, sondern drei Monate; Hälschner 2 1052, Oppenh.-D. N. 8. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

Wegen Verjährung und Zuständigkeit vgl. § 239 N. 14.

§. 342.

Ein Beamter, der in der Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes einen Hausfriedensbruch (§. 123) begeht, wird mit Gefängniß bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

PrStGB. § 318. Entw. I § 322, II (fehlt). Aktenst. Nr. 105. StB. S. 757.

1) Das Verg. aus § 342 ist ein uneigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 2), indem gegenüber dem gemeinen Delikte des Hausfriedensbr. (§ 123) die Eigenschaft als „Beamter" i. V. mit dem durch die Worte „in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes" (§ 340 N. 4) charakterisierten Amtsmißbrauch die straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bilden (vgl. deshalb § 50 N. 4 I e).

Da Subjekt des Verg. ein „Beamter" (§ 359) sein muß, andererseits aber ein jeder Beamter sein kann, so gehört es zu den sog. allgemeinen Amtsdel. und ist zugleich ein Beamten-Delikt (Abschn. 28 N. 3a, 4a); Hälschner 2 1053. Auf Personen, die, ohne Beamte zu sein, dennoch auf Grund amtlicher Befugnis das Recht zum Betreten fremder Räume haben und dabei einer Überschreitung ihres Rechtes sich schuldig machen, findet § 342 keine Anwendung; vgl. RG. III 7. Mai 88 R. 10 385 (btr. der Geistlichen der evangel. luth. Landeskirche in Mecklenburg).

2) In objektiver Beziehung ist hervorzuheben, daß das öffentliche Recht (§ 123 N. 12aβ, 15) den Beamten vielfach das Recht gewährt, in fremde Wohnungen einzudringen bzw. in ihnen zu verweilen. An reichsrechtl. Bestimmungen kommen hier namentl. die Vorschriften der StPO., der MStGO. und der ZPO. über Haussuchungen, Zwangsvollstreckungen und Zustellungen in Betracht. Wegen in der Praxis des RG. zur Erörterung gekommener Fragen vgl. übrigens § 113 N. 19d, auch c u. f.

Das Recht eines Beamten zum Verweilen in einer fremden Wohnung kann durch Überschreitung aufhören; das findet z. B. statt, wenn ein Beamter, der einen fremden Raum zum Zwecke einer dienstlichen Verrichtung betreten hat, demnächst seine Amtstätigkeit in ungehöriger Weise unterbricht, oder wenn ein Beamter durch seinen Zustand bzw. sein Verhalten den ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb im Amtslokale stört; Berlin OAG. 21. Sept. 72, OTr. 21. Nov. 77, St. 2 45, 8 108.

3) Wegen des Dolus vgl. § 123 N. 19. Das Delikt aus § 342 ist in seinem gesamten Umfange ein vorsätzliches (T. I Abschn. 4 N. 3), so daß das Wissen und Wollen des Täters auf den ganzen Tatbestand sich erstrecken muß, er also namentl. auch sich bewußt sein muß, daß er in Ausübung seines Amtes einen Hausfriedensbr. begehe; Frank N. II.

4) Während § 342, als die speziellere Vorschrift (N. 1), den Abs. 1 des § 123 ausschließt, kann mit dessen Abs. 3 Idealkonk. eintreten, wobei die Strafe nach § 73 aus § 123_3 zu bestimmen ist (vgl. § 340 N. 6b). So: RG. III 23. Nov. 99 E. 32 402, Frank N. I 2, Rüb.-St. N. 3; ebenso im Ergebnis Binding Lb. 1 125. AM.: Hälschner 2 1053, Oppenh.-D. N. 8, v. Schwarze N. 4, die selbst beim Vorliegen der im § 123_3 bezeichneten Umstände lediglich § 342 anwenden wollen.

5) Ein Strafantrag (vgl. § 123 N. 21) ist nicht erforderlich; so die GM.

6) Die Strafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—1 J. (§ 16) o. Geldstr. von 3 bis 900 M. (§ 27).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 343.

Ein Beamter, welcher in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden läßt, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

PrStGB. § 319. Entw. I § 323, II § 339. Aktenst. Nr. 119 16. StB. S. 757—759.

1) Das Verbr. aus § 343 ist ein eigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt des Verbr. muß ein „Beamter" (§ 359) sein; das Delikt ist deshalb zugleich ein Beamten-Delikt (Abschn. 28 N. 3a).

Aber nicht jeder Beamte kann Täter sein, sondern nur ein solcher, der eine „Untersuchung" zu führen hat; so: Hälschner 2 1076, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 181, 188; enger Binding Lb. 2 567, nur diej. Beamten, denen in einem begründeten Strafprozeß die Vernehmungsgewalt zustehe, d. h. nur Richtern (bezügl. der StAnwälte wird das. N. 2 offenbar StPO. § 159 übersehen, wonach ihnen zweifellos Vernehmungsbefugnis zusteht, wenn auch vielleicht keine Zwangsgewalt btr. des Erscheinens; vgl. § 113 N. 19 f). AM.: Meves HH. 3 988, Oppenh.-D. N. 1, v. Schwarze N. 1 (jeder Beamte, der in einer Untersuchung tätig zu sein berufen sei). Das Verbr. stellt deshalb als sog. besonderes Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 4b) sich dar.

2a) „Untersuchung" (vgl. §§ 93 N. 2, 158 N. 3) ist nicht in dem weitesten S. gebraucht, in dem darunter jede Anwendung von Mitteln behufs Erforschung von Erscheinungen oder eines Verhältnisses zwischen solchen verstanden wird; vielmehr ist darunter nach dem auf dem Gebiete des Rechts üblichen Sprachgebrauche das von einer sachlich zuständigen Behörde (Beamten) eingeleitete Verfahren zu verstehen, das dahin zielt, wegen einer strafbaren (wenn auch vielleicht i. c. nicht zu bestrafenden) Hdlg. die gesetzliche Ahndung herbeizuführen; hiernach fallen unter den Begriff der „Untersuchung" namentl. auch die Hdlgen, welche zu Zwecken eines gerichtlichen Strafverfahrens von Beamten des Polizei- u. Sicherheitsdienstes vorgenommen werden, ohne Unterschied, ob sie auf Angehen des Richters bzw. der StAschaft oder einer Privatperson, oder, nach StPO. § 161, von Amts wegen tätig geworden sind. So die GM., insbs. RG. II 14. März 82 E. 6 82. AM.: Dresden 12. Jan. 77 St. 7 195, Binding Lb. 2 544f., Hälschner 2 1076, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 161, welche die Einleitung einer förmlichen Untersuchung fordern. Zutreffend wird aber nach der Entstehung der Vorschrift aus PrStGB. § 319, der die Beschränkung auf „strafgerichtliche Untersuchungen" enthielt, angenommen, daß auch „Untersuchungen" im disziplinaren (so zit. RG. E. 6 82) oder im administrativen Verfahren, z. B. auf Grund des § 55 i. V. mit dem PrG. v. 13. März 1878 (so RG. IV 22. Mai 94 E. 25 366), in Betracht kämen; so insbs. btr. des Disziplinarverfahrens Oppenheim aO. 139; aM. Binding aO. 544 N. 3.

b) „In einer Untersuchung" bezeichnet nicht bloß das zeitliche Zusammenfallen, sondern vielmehr die Notwendigkeit eines inneren Zusammenhanges (vgl. § 130a N. 4a), was übrigens hier nach dem Gesamtinhalte des §. keinem Zweifel begegnen kann; Oppenheim aO. 181.

3) Die Handlung selbst besteht darin, daß der Beamte „Zwangsmittel", gleichgültig welcher Art, also physische o. psychische (Meves HH. 3 984, Rüd.-St. N. 2, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 222), entweder „selbst anwendet" oder „anwenden läßt" (vgl. § 340 N. 3). Daß auch die physischen Zwangsmittel nur als „kompulsive Gewalt" zu wirken vermögen (Binding Lb. 2 568), ist durch den Zweck bedingt, auf den sie gerichtet sind (N. 4a).

4a) Der Zweck der Hdlg. (N. 3), muß dahin gehen, „um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen". Der, übrigens nicht im techn. S. (§ 253) gebrauchte, Ausdruck „erpressen" deutet an, daß die Anwendung von Zwangsmitteln widerrechtlich sein müsse; so: Hälschner 2 1077, Meves HH. 3 984, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 5; aM. Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 177, der jedoch sachlich gleichfalls zu dem Ergebnis kommt, daß § 343 nicht Platz greife, wo gesetzlich gestattete Zwangsmittel angewendet würden.

b) Während der Ausdruck „Geständnisse" nur auf die Auslassungen der Beschuldigten sich bezieht, so sind unter „Aussagen" vorzugsweise solche von Zeugen zu verstehen (Goltd. Mat. 2 684); doch ist nach dem Sinne des Gesetzes nicht ausgeschlossen, daß auch eine vom Beschuldigten erpreßte Aussage, die nicht als Geständnis erscheint, in den Rahmen des § 343 fällt; jedenfalls erscheint das Wort „Geständnisse" überflüssig, da sie in dem Ausdruck „Aussagen" eingeschlossen sind; Binding Lb. 2 568, Hälschner 2 1077, H. Meyer S. 683, Schütze S. 530, v. Schwarze N. 2, Oppenheim aO. 173 f. Übrigens wird mit Binding aO. gegen Oppenheim aO. 178 u. die früheren Aufl. des Komm. anzunehmen sein, daß auch die Erpressung der Beeidigung einer Aussage unter das Gesetz fällt, da sie sachlich ein Teil einer Aussage ist.

Aus der Nebeneinanderstellung beider Ausdrücke folgert Meves aO., daß, wie die „Geständnisse" Auslassungen des Beschuldigten mit bestimmtem Inhalte bezeichnen, so auch der Zweck auf Erzielung von „Aussagen" mit einem bestimmten Inhalte gehen müsse. Man wird jedoch dieser Ansicht, die zugleich mit der von Meves vertretenen Auffassung des Deliktes als einer „Rechtsbeugung i. w. S." zusammenhängt, nicht beitreten können, da anzunehmen ist, daß eine derartige Beschränkung einen schärferen Ausdruck gefunden haben würde; auch läßt sich nicht geltend machen, daß zur Herbeiführung einer Aussage überhaupt gesetzlich (vgl. StPO. § 69) Zwangsmittel gestattet seien, da solche keineswegs allen Zeugen gegenüber anwendbar sind; so: Binding aO., Rüd.-St. N. 4, ferner Oppenheim aO. 179 (obgleich auch er das Verbr. als Rechtsbeugung charakterisiert); aM. Oppenh.-D. N. 5.

Der Zwang, einen Teil der (beabsichtigten) Aussage zu unterlassen, ist jedenfalls ein Zwang, der Aussage einen bestimmten Inhalt zu geben; denn durch die Weglassung wird die Aussage inhaltlich anders gestaltet; demnach fällt ein solcher Zwang unter die Strafbestimmung; Binding aO., der aber zu weitgehend mittels „ausdehnender Auslegung" auch den Fall der Nötigung zur vollständigen Unterlassung der Aussage dem §. unterstellt.

c) Dagegen greift § 343 nicht Platz, wenn Zwangsmittel angewendet worden, um eine Simulation des Beschuldigten festzustellen; Binding aO. 567, Frank N. III.

5) Wenn auch zur Vollendung des Verbr. nicht gehört, daß der verfolgte Zweck erreicht werde, so erscheint dennoch ein Versuch (§ 43) des Verbr. denkbar; so Binding Lb. 2 569 (z. B. falls die Drohung den Destinatär nicht erreichen sollte); aM.: Hälschner 2 1077, Rüd.-St. N. 5, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 229 sowie die früheren Aufl. des Komm.

6) Idealkonk. (§ 73) mit dem Verbr. der Rechtsbeugung aus § 336 ist denkbar; so Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 218; aM. Binding Lb. 2 567 f., der Tatbestand des § 343 sei nur eine hervorgehobene, aber nicht qualifizierte Unterart desj. des § 336: Rechtsbeugung bei Leitung einer Strafsache.

7) Die Hauptstrafe des Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), neben dem nach § 32 VbEN. erkannt werden kann.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. § 73[3].

§. 344.

Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachtheile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt, wird mit Zuchthaus bestraft.

PrStGB. § 320 Abs. 1. Entw. I § 324 Abs. 1, II § 340.

1) Das Verbr. aus § 344 ist ein eigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt des Verbr. muß ein „Beamter" (§ 359) sein, weshalb das Delikt zugleich ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3a).

Aber nicht jeder Beamte kann Täter sein, sondern nur ein solcher, welcher kraft seines Amtes mit der Ermittelung und Verfolgung, kriminell oder disziplinarisch, strafb. Hdlgen befaßt ist; es ist deshalb das Verbr. ein sog. besonderes Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4b).

2) Der Tatbestand besteht in dem „Beantragen“ oder dem „Beschließen“ der „Eröffnung o. Fortsetzung einer Untersuchung“; es enthält somit § 344 einen Mischtatbestand, indem einerseits die falsche Anklage, andererseits aber die falsche Untersuchung unter Strafe gestellt werden; Hälschner 2 1078 f., Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 135 f., Wertheimer Mischgesetze S. 66.

a) An sich erscheint es nicht gerechtfertigt, den Ausdruck „Untersuchung“ im § 344 in einem anderen Sinne zu fassen als in dem des unmittelbar vorhergehenden § 343 (das. N. 2a; so auch Hälschner 2 1076); allein mit Rücksicht darauf, daß im § 344 von der „Eröffnung“ und der „Fortsetzung“ — d. h. einer „eröffneten“ — Untersuchung die Rede ist, wird sie, abweichend vom § 343, nur von einer förmlichen Untersuchung zu verstehen sein; so außer den § 343 N. 2a zitt. Binding, Hälschner aO., insbs. N. 2, Rüd.-St. N. 2 u. Oppenheim aO. 144 f., ferner: Meves HH. 3 981, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze N. 1; aM. H. Meyer S. 682 N. 7, der das Ermittelungsverfahren mit hierher rechnet.

b) Die „Beantragung“ der Eröffnung ꝛc. einer Untersuchg. kann von allen denjenigen Beamten ausgehen, die zu den staatsanwaltschaftlichen i. w. S. gehören, d. h. zu denen, die im gerichtlichen o. administrativen Strafverfahren bzw. im Disziplinarstrafverfahren die Initiative der Verfolgung und die demnächstige Vertretung der Sache vor den Gerichten haben; vgl. Binding Lb. 2 546. Das „Beschließen“ kann nur von den btr. richterlichen Beamten ausgehen; Binding aO. 565.

c) Die Ausdrücke „beantragen o. beschließen“ beziehen sich übrigens beide sowohl auf die „Eröffnung“ als auch auf die „Fortsetzung“ einer Untersuchung. Da nun eine bis zur Hauptverhdlg. gediehene Untersuchung nach StPO. § 259 mit der „Erlassung des Urteils“ schließt, so ergibt sich, daß der Staatsanwalt, der trotz der im Laufe der Verhandlung gewonnenen Überzeugung von der Unschuld des Angekl., dessen Verurteilung beantragt, des Verbr. der falschen Anklage sich schuldig macht; so: Frank N. II, Oppenheim aO. 145; aM. Binding aO. 547, insbs. N. 3. Dagegen erscheint es mit der Ausdrucksweise des Gesetzes unvereinbar, unter das „Beschließen der Fortsetzung der Untersuchung“ auch die „Verurteilung“ seitens des erkennenden Richters zu begreifen (vgl. N. 6); so Frank N. II; aM. H. Meyer aO.

3) In subjektiver Hinsicht muß die falsche Anklage bzw. Untersuchung stattfinden „vorsätzlich zum Nachteile einer Person, deren Unschuld dem Beamten bekannt ist“ (vgl. §§ 334 N. 4, 336 N. 3); Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 216.

a) „Unschuld“ der Person muß zwar objektiv vorliegen, der Begriff selbst ist aber insofern ein relativer, als die „Unschuld“ nur rücksichtlich derjenigen Hdlg. in Betracht kommt, derentwegen die Eröffnung der Untersuchung beantragt worden; sie liegt deshalb auch dann vor, wenn die Person nur einer geringeren Straftat (z. B. eines Diebst. statt eines zur Untersuchung gezogenen Raubes) schuldig ist; so: Binding Lb. 2 548 N. 1, Geyer 2 195, Hälschner 2 1078, v. Liszt S. 580, Meves HH. 3 981, H. Meyer S. 682, Frank N. II Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 2, Oppenheim aO. 148; vgl. aber Rüd.-St. N. 3, dessen Bedenken jedoch in anderer Weise (s. u. N. 4) ihre Erledigung finden.

b) „Zum Nachteil“ handelt der Beamte dann nicht, wenn er gegen eine Person zwar in Kenntnis von deren Unschuld, aber, um letztere dem Publikum oder Behörden gegenüber klarzustellen (vgl. §§ 164_2, 191), eine Untersuchung beantragt; hier ist der Beamte subjektiv gerade „zum Vorteil“ des Unschuldigen tätig; so: Binding aO. 549, Hälschner 2 1078, Frank N. III 2, Oppenh.-D. N. 3, Oppenheim aO. 146, während Meves HH. 3 981 leugnet, daß objektiv eine dem Erfordernisse entsprechende Untersuchung vorliege. Insoweit es um dieses Erfordernis sich handelt, ist Eventualdolus (§ 59 N. 6) ausgeschlossen; Binding aO. 548, Frank N. III 1.

4) Die subjektive und objektive Rechtswidrigkeit kann durch gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen sein, die, wie z. B. StPO. § 178, das Gericht verpflichten, unter Umständen eine Voruntersuchung auch gegen einen solchen Beschuldigten zu beschließen, dessen Unschuld ihm, dem Gerichte, bekannt ist, oder GVG. § 147 sowie StPO. § 206 die staatsanwaltsch.

Beamten auf Anweisung ihrer Vorgesetzten bzw. auf Gerichtsbeschluß Anklage zu erheben; Binding Lb. 2 548, Hälschner 2 1079, Meves HH. 3 988, Oppenh.-D. N 5, Rüd.-St. N. 3.

5) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar und kann z. B. vorliegen, wenn der Beamte den die Mitwirkung mehrerer erfordernden Beschluß nicht durchzusetzen vermag; Binding Lb. 2 543 N. 2, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 228.

6) Der Fall der falschen Untersuchung (im Gegensatz zu dem der falschen Anklage; s. o. N. 2) ist lediglich eine Art der Rechtsbeugung, weshalb eine Idealkonk. (§ 73) mit § 336 ausgeschlossen ist; Binding Lb. 2 566, Hälschner 2 1079, Oppenheim Rbeugungsverbr. S. 149 ff. Da aber die durch bewußte Verurteilung eines Unschuldigen begangene Rechtsbeugung nicht unter § 344 fällt (s. o. N. 2 c), so ist das — aus einem bereits bei der Vorberatung des PrStGB. begangenen Fehler sich herschreibende — Mißverhältnis der beiden Strafandrohungen im § 336 (das. N. 6) und im § 344 (N. 7) in hohem Grade anstößig; so Binding, Hälschner u. Oppenheim aO., während H. Meyer S. 683 N. 7 in Verfolg seiner Ansicht die Verschiedenheit der Strafmaße erklärlich findet.

7) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—15 J. (§ 14_2), neben dem nach § 32 VbEN. erkannt werden kann. Der Versuch (N. 5) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in funfzehn Jahren.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73^{2-7}, 136^1.

§. 345.

Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher vorsätzlich eine Strafe vollstrecken läßt, von der er weiß, daß sie überhaupt nicht oder nicht der Art oder dem Maße nach vollstreckt werden darf.

Ist die Handlung aus Fahrlässigkeit begangen, so tritt Gefängnißstrafe oder Festungshaft bis zu Einem Jahre oder Geldstrafe bis zu neunhundert Mark ein.

PrStGB. § 320 Abs. 2, 3. Entw. I § 324 Abs. 2, 3, II § 341.

1) Die Delikte aus § 345 sind eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt der Delikte muß ein „Beamter" (§ 359) sein, weshalb sie zugleich Beamten-Delikte sind (Abschn. 28 N. 3a).

Aber nicht jeder Beamte kann Täter sein, sondern nur ein solcher, der kraft seines Amtes mit der „Strafvollstreckung" (N. 2) befaßt ist; es sind deshalb die Delikte sog. besondere Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4b).

2) Unter „Strafvollstreckung" ist die Gesamtheit derjenigen Maßregeln zu verstehen, durch welche die Verbüßung der Strafe bewerkstelligt wird; innerhalb dieses Begriffes ist eine absolute Unterscheidung zwischen anordnenden und lediglich ausführenden Maßregeln nicht möglich; denn weder ist die bloße Anordnung der Strafvollstrckg. für sich allein schon die Strafvollstrckg. selbst, noch ist ein zwar stattgefundener, aber nicht angeordneter Vollzug der Strafe als Strafvollstrckg. zu betrachten; RG. I 9. Jan. 82 E. 5 332. Mit der Überlieferung des Verurteilten an die Strafanstalt ist die Aufgabe der Strafvollstreckungsbehörde bei Vollstreckung von Freiheitsstrafen noch nicht erschöpft, vielmehr hat sie auch die richtige Herbeiführung der Strafverbüßung seitens der Strafanstaltsverwaltung zu überwachen; RG. IV 1. Juni 97 E. 30 135, Binding Lb. 2 569, 573 N. 3.

3) Das „Vollstreckenlassen" einer Strafe ꝛc. wird als die strafb. Hdlg. bezeichnet. Dem Wortlaute nach richtet § 345 sich also nicht gegen denjenigen, der eine Strafe vollstreckt, demnach also nicht gegen den, der eine bezüglich einer Strafvollstrckg. angeordnete Maßregel lediglich vollzieht. Dennoch kann wegen der Bedeutung des „Lassens" im § 340 (das. N. 3) sowie in den §§ 341, 343 nicht angenommen werden, daß nur der die Strafvollstrckg. anordnende Beamte von der Strafbestimmung getroffen werden solle; denn die in der Weglassung des „vollstrecken" sich ausprägende Verschiedenheit erklärt sich daraus, daß zwar die in den §§ 340, 341, 343 bezeichneten Hdlgen von einem einzelnen als Täter

begangen werden können, die geordnete Strafvollstrckg. aber so überwiegend eine Mehrheit von vollstreckenden Personen voraussetzt, daß eine etwaige Ausnahme von dem Gesetze nicht besonders gekennzeichnet, sondern gleichfalls unter „vollstrecken lassen“ begriffen betrachtet wurde; dazu tritt unterstützend noch der Umstand, daß eine Lücke vorliegen würde, falls der selbst vollstreckende Beamte nur aus § 239 strafbar wäre, sowie der Zusammenhang mit den Vorschriften der §§ 341, 346, 347, die sämtlich nur eine „Mitwirkung“ verlangen. So: RG. I 9. Jan. 82, II 21. Juni 89, E. 5 332, 19 342, RMG. II 16. Sept. 03 E. 6 24, Binding Lb. 2 570 N. 3 u. Normen 2 494, insbs. N. 706, Geyer 2 195, H. Meyer S. 683, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 2. AM.: Hälschner 2 1080, v. Liszt S. 580, Meves HH. 3 986, Frank N. I 1, Rubo N. 2 u. v. Schwarze N. 5, die gegen die Gleichstellung von „vollstrecken lassen“ und „vollstrecken“ sich erklären.

4) Wenn auch nach den Ausführungen in N. 2 u. 3 ein bloßes „Nichthindern einer Strafvollstrckg.“ nicht ausreichen kann, so genügt doch im übrigen jede unmittelbar o. mittelbar eine unrichtige Strafvollstrckg. herbeiführende amtliche Tätigkeit eines Beamten. Keineswegs kann deshalb die Hdlg. nur von einem zur Betreibung der Strafvollstrckg. — bzw. nach N. 3 zur Strafvollstrckg. selbst — zuständigen Beamten begangen werden (so jedoch: Meves HH. 3 987, Rubo N. 2), sondern namentl. auch von jedem, der überhaupt zur Mitwirkung bei der Strafvollstrckg. berufen ist, also insbs. nach StPO. § 483: vom staatsanwaltschaftlichen Beamten bzw. Amtsrichter, dem die Strafvollstreckung, einschließlich der Überwachung ihres richtigen Vollzuges, obliegt; vom Gerichtsschreiber, der eine begl. Abschrift der Urteilsformel zu erteilen hat, ferner vom Gefängnisvorstande sowie vom Anstaltssekretär, der den Kalender über die Beendigung der Strafzeit zu führen hat; RG. I 9. Jan. 82, IV 1. Juni 97, E. 5 332, 30 135, Binding Lb. 2 571, Hälschner 2 1080 (dieser jedoch mit Ausnahme der lediglich nach Maßgabe des erteilten Auftrages mit dem Vollzuge beschäftigten Personen; s. o. N. 3 aE.), Oppenh.-D. N. 2a, 3, v. Prittwitz G. 30 150. Es hat ferner RG. II 21. Juni 89 E. 19 342 angenommen, daß auch ein Beamter, der nicht vermöge seines Amtes bei Vollstrckg. der Strafe mitzuwirken habe, Täter aus § 345 sein könne, weil weder § 345, im Gegensatze zum § 346, eine Einschränkung auf den mit der Strafvollstrckg. befaßten Beamten enthalte, noch ein innerer Grund vorliege, § 345 nicht anzuwenden, wenn andere Beamten eine unzulässige Strafvollstrckg. herbeiführten; dieser Ansicht (der das N. 7 zit. RG. E. 16 221 nicht entgegensteht) ist beizutreten; mit Recht wurde deshalb § 345 auch auf den Vorsitzenden u. den Gerichtsschreiber für anwendbar erachtet, die durch unrichtige Beurkundung eines ergangenen Urteils eine unzulässige Strafvollstrckg. herbeiführen, ohne Unterschied, ob sie auch mit der Strafvollstrckg. befaßt sind oder nicht; ebenso Frank N. I 2a; aM. Binding aO. 570 N. 4.

5) Unter „Strafe“ ist zunächst jede Kriminalstrafe (T. I Abschn. 1 N. 3) zu verstehen, mag sie im gerichtlichen, polizeilichen o. Verwaltungsstrafverfahren festgesetzt sein; so die GM. Die im StGB. angeordneten polizeilichen Maßregeln u. privaten Genugtuungen (das. N. 4, 5) kommen dagegen, auch insofern sie einer Vollstreckung bedürfen, nicht in Betracht, obgleich sie von den Gerichten erkannt werden; so hinsichtlich der Buße: Hälschner 2 1081, Oppenh.-D. N 4, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2 A. 2.

Zu den Strafen gehören ferner die Disziplinarstrafen und die in den Prozeßgesetzen (vgl. GVG. §§ 179, 180, StPO. § 69_1, MStGO. §§ 186, 290, ZPO. § 390_1) sowie in den Zoll- u. Steuergesetzen (vgl. z. B. VZG. §§ 151 f.) angedrohten meist sog. Ordnungsstrafen; so: Hälschner aO., v. Liszt S. 580, Meves HH. 3 981 f., Frank N. II, Oppenh.-D. N. 4, v. Schwarze N. 2; aM. Binding Lb. 2 571, insbs. N. 5.

Dagegen sind Zwangsmaßregeln (vgl. GVG. § 178, StPO. § 69_2, MStGO. § 186, ZPO. § 390_2) ihrer Natur nach keine Strafen; deshalb fällt auch die Vollstreckung der unrichtig sog. Exekutivstrafen nicht unter § 345; so: Binding, Hälschner, v. Liszt aO., Frank N. II, v. Schwarze N. 2a; aM.: H. Meyer S. 683 N. 8, Oppenh.-D. N. 4.

6) Die vollstreckte Strafe muß eine solche sein, die a. „überhaupt nicht“ oder b. „nicht der Art oder dem Maße nach vollstreckt“ (vgl. dazu Binding Lb.

2 572, insbs. N. 2) werden durfte. Die Fälle zu a u. zu b stellen verschiedenartige Begehungsformen dar, die ev. die Anwendung des § 264 StPO. erheischen.

Die nächste Voraussetzung einer rechtmäßigen Strafvollstreckung ist, daß eine Strafe überhaupt durch eine mit Strafgewalt bekleidete Behörde festgesetzt sei. Über Fälle, in denen selbst dieses Erfordernis fehlte, vgl. Berlin 19. Feb. 74, 26. Juni 79, St. 3 382, G. 27 549.

Weiterhin ist selbstverständlich, daß eine Strafe nur gegen denjenigen vollstreckt werden darf, gegen den sie festgesetzt ist (vgl. jedoch § 30).

a) Wann, abgesehen hiervon, eine Strafe „überhaupt nicht" vollstreckt werden darf, läßt sich allgemein nicht sagen. Die Rechtskraft der sie aussprechenden Entscheidung ist zwar meist — nach StPO. § 481 u. MStGO. §§ 416, 450 unbedingt — aber doch nicht durchweg Voraussetzung der Vollstreckbarkeit; vgl. z. B. GVG. §§ 179, 183. Auch kann die bereits eingetretene Vollstreckbarkeit zeitweise (vgl. StPO. § 487 f.) oder dauernd, z. B. durch Begnadigung, wieder aufgehoben werden. An eine besondere Voraussetzung ist nach StPO. § 485 die Vollstreckung der Todesstrafe geknüpft, u. im Militärstrafverfahren ist die Vollstreckung der Urteile (im Gegensatz zu den Strafverfügungen) durch Erteilung der Bestätigungsorder bedingt; MStGO. §§ 416, 450.

b) Fälle der zu Unrecht erfolgenden Vollstreckung einer an sich vollstreckbaren Strafe.

α) Zu den Fällen, in denen eine Strafe „nicht der Art nach" vollstreckt werden durfte, gehört namentl. die sofortige Vollstreckung einer Freiheitsstr. statt einer an erster Stelle erkannten Geldstrafe.

β) Der Fall, daß eine Strafe „nicht dem Maße nach" vollstreckt werden durfte, liegt namentl. auch dann vor, wenn ein Gefangener nach beendigter Strafzeit in der Gefangenanstalt ohne gesetzlichen Grund zurückbehalten wird; RG. I 9. Jan. 82 E. 5 332.

7) Nur gegen die unrichtige Vollstreckung einer Strafe wendet sich § 345, nicht gegen die unrechtmäßige Festsetzung einer Strafe; RG. I 13. Okt. 87 E. 16 221, Binding Lb. 2 563, Thon GS. 26 111 ff. Folgeweise kann aber auch § 345 keine Anwendung finden, wenn eine vollstreckbare Strafe, auf die jedoch materiell unrichtig erkannt war, den bestehenden Gesetzen gemäß zur Vollstrckg. gebracht wird, sei es durch den unmittelbar dazu berufenen, sei es durch einen ordnungsmäßig ersuchten Beamten; Binding aO. 569, Meves HH. 3 988, Frank N. 1 2a, Oppenh.-D. N. 1, Thon aO. 114 f. Das gilt auch dann, wenn der erkennende und der vollstreckende Richter identisch sind; so: RG. zit. E. 16 221 (es war zu Unrecht auf Grund des § 179 statt des § 182 GVG. erkannt; die Beschwerde hat aber nur in diesem, nicht in jenem Falle aufschiebende Wirkung), 1 12. Juli 94 E. 26 56, Binding aO. 573. Selbst die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit derjenigen Person, von der die Straffestsetzung ausgegangen ist, liegt nach eingetretener Vollstreckbarkeit außerhalb der Befugnis des mit der Strafvollstreckung befaßten Beamten, der nur sich zu vergewissern hat, daß die Straffestsetzung überhaupt von einer mit Strafgewalt versehenen Person ausgegangen ist, sowie im Falle eines Ersuchens, ob letzteres den bestehenden Vorschriften entspricht; vgl. Berlin 26. Juni 79 G. 27 549; weitergehend Binding aO. 572 N. 4. Dagegen wird allerdings eine der Gesetzgebung unbekannte Strafe, wie z. B. in D. die Prügelstrafe, niemals vollstreckt werden dürfen; denn eine solche ist eben im gesetzlichen S. keine Strafe; so Binding aO. 569 N. 4 u. Grundr. d. Strafprozeßr. (5. Aufl.) S. 245 (ein Einzelfall unheilbarer Nichtigkeit), Friedländer GS. 58 359; aM. Thon GS. 26 111, 116.

Keineswegs folgt aber daraus, daß § 345 nur die richtige Strafvollstreckung schützt, daß seine Vorschrift notwendig ein in das Stadium der Strafvollstreckung fallendes Verhalten des Beamten zur Voraussetzung hat; so: das N. 4 zit. RG. E. 19 342, Frank N. 1 2, Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 3; aM. Binding Lb. 2 572 N. 1. Sowohl das strafb. vorsätzliche (N. 8) wie auch das strafb. fahrlässige (N. 9) Verhalten können bereits früher stattgefunden haben, z. B. bei der unrichtigen Beurkundung eines in der Hauptverhandlung ergangenen Urteils.

8) Aus Absatz 1 ist strafbar der Beamte, der „vorsätzlich eine Strafe vollstrecken läßt, von der er weiß, daß sie ... nicht vollstreckt werden darf". Das „Vollstreckenlassen" setzt immer „Vorsätzlichkeit" voraus; deshalb ist das „vorsätzlich" nicht auf den äußeren Akt, sondern auf die Willensrichtung zu beziehen; dadurch und durch die ferner hervorgehobenen Worte wird auf die Vorsätzlichkeit der rechtswidrigen Strafvollstreckung hingewiesen, die im Wissen und Wollen des Täters liegen muß; Berlin 4. Feb. 76 St. 6 45, Binding Lb. 2 573 u. Normen 2 495, Hälschner 2 1081, Frank N. III 1.

9) Aus Absatz 2 tritt Strafe ein, wenn „die Hdlg. aus Fahrlässigkeit begangen ist". Schon aus dem in N. 8 Bemerkten ergibt sich, daß die Worte des Abs. 1 „von denen er weiß" in den Abs. 2 nicht hinübergezogen werden dürfen; denn sie dienten lediglich zur Hervorhebung des dem Vorsatze wesentlichen Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, während die den Gegensatz bildende Fahrlässigkeit (§ 59 N. 17) des Beamten vorliegen kann, sowohl bei Kenntnis von der Nichtvollstreckbarkeit der Strafe (indem trotzdem der Vollzug fahrlässig bewirkt wurde), als auch bei irriger Annahme der Vollstreckbarkeit. So: RG. III 13. Okt. 80 R. 2 329, RMG. II 16. Sept. 03 E. 6 24, Hälschner 2 1081, v. Liszt S. 580, Frank N. III 2, Oppenh.-D. N. 7, v. Prittwitz G. 30 149. AM. Binding Lb. 2 573 N. 2 u. Normen 2 493 ff., insofern er „das fahrlässige Vollstreckenlassen bekanntermaßen ungerechter Strafen" als einen Widerspruch in sich erachtet.

Welches Maß von Aufmerksamkeit aufzuwenden ist, hat der Tatrichter nach den Umständen des Falles zu beurteilen; RG. II 21. Juni 89 E. 19 342. Während dieses die „Fahrlässigkeit" in der entgegen StPO. § 267 unterlassenen Niederschreibung der Urteilsformel sah, also in einer bereits in einem früheren Zeitraum vor der Strafvollstreckung (N. 7_2) vorgekommenen Unterlassung, ist im übrigen „Fahrlässigkeit" im Stadium der Strafvollstreckung selbst (vgl. RG. I 12. Juli 94 E. 26 56) mit Recht darin gefunden, daß der Beamte es verabsäumt hatte, mit den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen sich bekannt zu machen (Berlin 4. Feb. 76 St. 6 45), oder daß er sie bei übereiltem Handeln übersehen hatte (Thon GS. 26 117).

Wg. Anwendbarkeit des § 59_2 vgl. das das. N. 2 Ia zit. RG. E. 30 135.

10) Außer Anwendung bleibt § 345, wenn unrichtigerweise eine gelindere Strafe vollstreckt wird, als festgesetzt war; es folgt dieses namentl. aus dem Zusammenhange mit § 346 (das. N. 2d), der die fahrlässige Hdlg. straflos läßt. So: Binding Lb. 2 570 N. 2, Geyer 2 195, Hälschner 2 1081, Meves HH. 3 982, Frank N. IV, v. Schwarze N. 3 sowie insbs. btr. des Abs. 2 v. Prittwitz G. 30 151 u. Bruck Fahrlässigkt. S. 42; vgl. auch Rüd.-St. N. 4.

11) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. aus Abs. 1 ist denkbar. Ein solcher liegt z. B. vor, wenn eine ungerechte Strafvollstreckung angeordnet, aber nicht vollzogen wird; denn zur Vollendung des Delikts ist der Beginn der ungerechten Strafvollstreckung erforderlich; so: Binding Lb. 2 573, Schütze S. 531 N. 13; aM. Rüd.-St. N. 5.

12) Wegen Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit im Falle des Abs. 1 vgl. § 344 N. 7, wegen „Gleiche Strafe trifft" insbs. vgl. § 49a N. 21_2.

Im Falle des Abs. 2 ist die Strafe des vollendeten Verg. wahlweise Gefängnis (§ 16) von 1 T.—1 J. (nicht etwa bis 5 J.; vgl. die in den Motiven dem T. I Abschn. 1 angeschlossene „Stufenfolge der Strafen" unter Nr. VIII) oder Festungshaft von 1 T.—1 J. (§ 17_2; vgl. insbs. N. 3) oder Geldstrafe von 3—900 M. (§ 27). Der Versuch (N. 11) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen.

Die Verjährung der Strafverfolgung des Verg. aus Abs. 2 tritt nach § 67_2 in fünf Jahren ein; wegen ihres Beginnes vgl. § 67 N. 9.

Zuständig ist wegen des Verg. aus Abs. 2 Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 346.

Ein Beamter, welcher vermöge seines Amtes bei Ausübung der Strafgewalt oder bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft, wenn er in der Absicht, Jemand der gesetzlichen

Strafe rechtswidrig zu entziehen, die Verfolgung einer strafbaren Handlung unterläßt, oder eine Handlung begeht, welche geeignet ist, eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende Bestrafung zu bewirken, oder die Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe nicht betreibt, oder eine gelindere als die erkannte Strafe zur Vollstreckung bringt.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Monat ein.

PrStGB. § 321. Entw. I § 325, II § 342.

1) Das Verbr. aus § 346 ist ein eigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt des Verbr. muß ein Beamter (§ 359) sein, weshalb das Delikt zugleich ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3a). Da aber nur ein Beamter einer der im § 346 selbst bezeichneten Kategorien Täter sein kann, so ist das Verbr. ein sog. besonderes Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4b).

Jeder Beamte, der „vermöge seines Amtes" bei „Ausübung der Strafgewalt" (vgl. § 344) oder bei „Vollstreckung" (vgl. § 345, insbs. N. 3) „der Strafe" (N. 2a) „zur Mitwirkung" berufen ist, kann Täter sein. Welche Personen dieses seien, läßt nur auf Grund der Reichs- u. Landesgesetzgbg. im besonderen sich prüfen; angenommen ist z. B., daß ein Polizeibeamter zu jenen Personen gehöre, da er nach StPO. § 161 zur Ausübung der Strafgewalt mitzuwirken habe; RG. I 30. Apr. 85 E. 12 161; desgl. ein PrGemeindevorsteher in den östl. Provinzen; RG. II 24. Apr. 91 E. 21 424.

Sowenig wie ein an dem verbrecherischen Vorhaben selbst Beteiligter unter den Voraussetzungen des § 139 (das. N. 6a α) zur Selbstanzeige verpflichtet ist, sowenig besteht für einen Beamten, der vermöge seines Amtes bei Ausübung der Strafgewalt o. bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat, die Pflicht zur Verfolgung einer strafb. Hdlg., die er selbst begangen o. an deren Ausführung er sich strafbar beteiligt hat; RG. III 6. Juni 98 E. 31 196, Binding Lb. 2 578, Frank N. III 1.

2) Die einzelnen — eine alternative Feststllg. ausschließenden (Binding Lb. 2 574 ff., Wertheimer Mischgesetze S. 66 f.) — Mischtatbestände sind:

a) „Unterlassen der Verfolgung einer strafbaren Handlung"; unter letzterer kann auch hier, wie meist, obschon abweichend von § 345 (das. N. 5_2), nur eine kriminell strafb. Hdlg. in dem § 111 N. 3 erläuterten (sachlich noch über die Auffassung von RG. I 30. Apr. 85 E. 12 161 hinausgehenden) Sinne verstanden werden; einer weiteren Ausdehnung steht insbs. die Höhe der Strafandrohung entgegen. Namentl. würde aber auch die Hineinziehung der Disziplinarverg. bei der eigentümlichen Natur des ganzen Disziplinarstrafrechts (vgl. Laband Staatsr. 1 453 ff.) zu unlösbaren Schwierigkeiten führen; so: Binding Lb. 2 575 N. 5, Hälschner 2 1082, Frank N. II, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2, jetzt auch Oppenh.-D. N. 3; aM. Meves HH. 3 982. Anders liegt es freilich btr. der im EGMStGB. § 3_2 bezeichneten Vergehen gg. das MStGB., wenn deren Ahndung in leichteren Fällen „im Disziplinarwege" erfolgt ist.

Dieser Mischtatbestand ist (ebenso wie der zu 3) ein echtes Unterlassungsdel., indem gegen das, allerdings nur einem beschränkten Personenkreise (vgl. § 320 N. 3) gegebene, Gebot der strafrechtl. Verfolgung verstoßen wird; so: Binding aO. 578, Hälschner aO., v. Lilienthal S. 29, Albosser Unterlassungsdel. S. 131, Landsberg Kommissivdel. S. 213; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 381, 417. Voraussetzung des Deliktes ist stets objektiv das Vorliegen einer strafb. Hdlg., während das subjektive Meinen des Beamten nicht genügt; so: RG. IV 13. März 85 R. 7 175, Binding aO. 574 N. 3, Hälschner aO., Oppenh.-D. N. 3; aM. Heigelin G. 43 96, es genüge, wenn nach der dem Beamten gewordenen Anzeige o. sonstigen Kenntnis der Verdacht einer Straftat vorliege. Unter dieser Voraussetzung kann namentl. auch die Nichtfortsetzung einer begonnenen Verfolgung den Tatbestand erfüllen; Binding aO. 577, Hälschner aO., Meves aO. 983. Übrigens kann auch dieses Unterlassungsdel. durch eine Handlung begangen werden (§ 1 N. 3a); Meves

aO. Von dem zit. **RG.** E. **12** 161 ist mit Recht angenommen, daß die Amtstätigkeit eines Polizeibeamten (N. 1) keineswegs nur unter dem Gesichtspunkte der StPO. § 159 als Verfolgung zu verstehen, daß vielmehr auch die den ersten Anstoß zu einem strafgerichtl. Verfahren abgebende Anzeige ebenfalls dahin zu rechnen sei.

b) „Begehung einer Handlung, welche geeignet ist (d. h. an sich objektiv, ohne Rücksicht auf eine nur relative Unmöglichkeit; Binding aO. 577, Meves aO.), eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende (d. h. eine gelindere, die wirklich begangene Tat nicht sühnende; Binding aO., Hälschner, Meves aO.) Bestrafung zu bewirken." Dieses Kommissivdel. kann auch, allg. Regel entsprechend (§ 1 N. 3a), durch eine Unterlassung verübt werden, z. B. durch Richtmitteilung zugegangenen Belastungsmaterials; Hälschner aO.

c) „Nichtbetreiben der Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe" (s. o. a), dem die lässige oder verspätete Betreibung gleichzuachten, wenn sie eine Vereitelung der Strafvollstreckung, insbs. durch Flucht oder Verjährung, ermöglicht; so: Binding aO. 576, Meves aO. 984; weitergehend **RG.** II 24. Apr. 91 E. **21** 424 (427), auch nur zeitweiliges Entziehen genüge, Oppenh.-D. N. 4, Rüd.-St. N. 3.

d) „Vollstrecken einer gelinderen als der erkannten Strafe"; vgl. § 345 N. 10.

3) Subjektiv wird „die Absicht, jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen" (§ 137 N. 9), somit ausdrücklich auch das generelle Dolusmerkmal, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (**RG.** I 21. Mai 96 E. 28 384, Binding Hb. **1** 117), gefordert. Deshalb liegt das subj. Erfordernis z. B. dann nicht vor, wenn ein Polizeibeamter bei einem ihn selbst betreffenden Diebst. annimmt, es handle sich um eine Privatangelegenheit, deren Verfolgung von seinem Belieben abhänge. Im übrigen bezeichnet die „Absicht" hier, wie an anderen Stellen des StGB. die auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Tätigkeit, weshalb insoweit der eventuelle Dolus ausgeschlossen ist (§ 59 N. 6); so: Frank N. IV, Heigelin G. **43** 99, ähnlich Rosenfeld RStrafprozeß S. 78 N. 1; aM.: zit. **RG.** E. 28 384, Binding Lb. **2** 576 u. Normen **2** 597, v. Liszt S. 581, Meves HH. **3** 989, die „Absicht" mit Vorsatz gleichstellen, was folgerichtig zur Anerkennung der Möglichkeit eines Eventualdolus führt.

Bezüglich der, objektiven und subjektiven, Rechtswidrigkeit ist der das Legalitätsprinzip zum Ausdruck bringende § 152_2 der StPO. von hervorragender Bedeutung.

4) Ein Versuch (§ 43) des Verbrechens ist in den Fällen der N. 2b u. d denkbar, nicht aber in den Fällen das. zu a u. c; aM. Rüd.-St. N. 6, der den Vers. allg. für nicht denkbar erklärt (vgl. freilich entgegengesetzt N. 1!).

5) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13a ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängnis von 1 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie auch neben Gef. VbER. erkannt werden.

Der Versuch (N. 4) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 strafbar.

6) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. § 73^2.

§. 347.

Ein Beamter, welcher einen Gefangenen, dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung ihm anvertraut ist, vorsätzlich entweichen läßt oder dessen Befreiung vorsätzlich bewirkt oder befördert, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Monat ein.

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit erleichtert oder befördert worden, so tritt Gefängnißstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu sechshundert Mark ein.

PrStGB. § 322. Entw. I § 326, II § 343.

1) Die Delikte aus § 347 sind uneigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 2).

Subjekt muß ein Beamter (§ 359) sein, weshalb sie zugleich Beamtendelikte sind (Abschn. 28 N. 3a).

Die Delikte sind endlich sog. allgemeine Amtsdel., weil ein jeder Beamter Täter sein kann (Abschn. 28 N. 4a); aM. Binding Lb. 2 410, 596, es handele sich um ein besonderes Beamtenverbr., das nur der zur Hafthaltung berufene Beamte begehen könne. Denn wenn auch die Tat nur ein Beamter begehen kann, dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung ein Gefangener anvertraut ist, so ist doch nicht erforderlich, daß die Beaufsichtigung ꝛc. von Gefangenen zu den regelmäßigen Amtsgeschäften des Beamten gehöre (vgl. dagegen § 346 „ein Beamter, welcher vermöge seines Amtes ꝛc."), vielmehr wird lediglich die Beamtenqualität im allg. unterstellt und nur im weiteren erfordert, daß ihm mit Rücksicht auf seine Beamteneigenschaft in concreto die Beaufsichtigung eines Gefangenen anvertraut sei (N. 3); Berlin 18. Apr. 73, München 22. Feb. 78, St. 2 299, 8 297, Hälschner 2 1053.

2) Die Eigenschaft des Täters als Beamten bildet den i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. gegenüber dem gemeinen Delikte aus § 121, dessen Tatbestand im übrigen mit dem des § 347 übereinstimmt, da die Abweichungen (N. 3 sowie § 121 N. 1_2, 3b, c) nur redaktioneller Natur sind; v. Prittwitz G. 30 147. Wenn demgegenüber Ötker GS. 64 188, insbs. N. 2, betont, daß die Fragestllg. im schwurgerichtl. Verfahren von der Gesetzesredaktion abhängig sei, so gilt das § 341 N. 4 aE. Bemerkte entsprechend.

3) Nach § 347 muß den Beamten der Gefangene „anvertraut" sein, während der § 121 (das. N. 1_2) eine „Beauftragung" des Beamten mit der Beaufsichtigung erfordert. Ein sachlicher Unterschied ist nicht anzunehmen; denn „anvertrauen" (vgl. §§ 246 N. 23, 300 N. 3) setzt begrifflich einen Übergabeakt nicht voraus, erfordert sonach nicht, daß der Gefangene bereits in der Gewalt eines Dritten sich befand, so daß jenes Moment auch dann vorliegt, wenn das Amt selbst dem Beamten die Pflicht zur Beaufsichtigung des Gefangenen auferlegt; so die GM., insbs. RG. II 29. Mai 83 E. 8 313, III 19. Apr. 82 R. 4 356 (es finde § 347 Anwendung auf einen Polizeibediensteten, der eine Person aus eigener Amtsbefugnis vorläufig festgenommen; vgl. § 120 N. 2b); aM.: v. Liszt S. 581, Frank N. I.

Dagegen erfordert das „Anvertrauen" auf seiten des Beamten notwendig die Übernahme der Pflicht zur Beaufsichtigung; lehnt der Beamte diese mit Recht (z. B. weil die Beaufsichtigung nicht zu seinen Obliegenheiten gehöre) oder zu Unrecht ab, so findet § 347 keine Anwendung; so: Hälschner 2 1055, Meves HH. 3 955; aM.: RG. zit. E. 8 313, IV 19. Jan. 86 E. 13 254, Binding Lb. 2 596 N. 7, Oppenh.-O. N. 2, unter Umständen könne die Strafe aus § 347 auch denjenigen Beamten treffen, der, zur Übernahme eines ihm zugeführten Gefangenen verpflichtet, diese ohne Grund ablehne. Zutreffend (vgl. § 120 N. 2) ist von dem zit. RG. E. 13 254 verneint, daß ein Polizeibeamter aus § 347 sich schuldig mache, wenn er einen von einer Privatperson Festgenommenen und Vorgeführten pflichtwidrig freilasse; zustimmend Binding aO.

Das Anvertrauen muß zu einem der ausdrücklich bezeichneten Zwecke, d. h. zur Beaufsichtigung ꝛc. geschehen, also z. B. nicht „behufs Vernehmung"; Meves aO. Von einem Anvertrauen einer Beaufsichtigung ꝛc. kann aber nur bei dem Beamten gesprochen werden, der über die Person des Gefangenen unmittelbar o. mittelbar eine Aufsicht zu führen hat, weshalb eine Dienstverrichtung nicht genügt, die in der rein bureaumäßigen Erledigung von Ersuchen um Haftvollziehung besteht; RG. IV 7. Mai 95 E. 27 209.

4) „Entweichen" und „Befreiung" sind für das vorsätzliche Delikt aus Abs. 1 (für welches Eventualdolus ausreicht; RG. IV 18. Dez. 94 E. 26 334) nicht in dem Sinne voneinander verschieden, daß das erstere lediglich die Selbstbefreiung des Gefangenen bedeutet, während letztere nur von Dritten bewerkstelligt wird; denn wenn auch die Befreiung ohne Zutun des Gefangenen bewirkt werden kann, so ist meist beides nicht voneinander zu trennen; die Verschiedenheit liegt nur darin, daß das Entweichenlassen das unterlassene Verhindern der Selbstbefreiung, die Beförderung der Befreiung hingegen eine

Unterstützung dieser Selbstbefreiung mittels positiver Tätigkeit zur Voraussetzung hat. Für das fahrlässige Delikt aus Abs. 2 ist aber diese Unterscheidung durch den Wortlaut beseitigt, der zu erkennen gibt, daß die Selbstbefreiung eines Gefangenen sowohl durch deren fahrlässig unterlassene Verhinderung als auch durch fahrlässige positive Tätigkeit befördert oder erleichtert werden könne; dadurch tritt der mit dem Begriffe der Befreiung notwendig verbundene Begriff des Entweichens in den Vordergrund, der Gedanke dagegen, daß der eine Entweichung Befördernde auch befreie, in den Hintergrund. So RG. I 2. Jan. 82 E. 5 324 u. ähnlich III 2. Juli 83 E. 9 40, ferner Hälschner 2 1055.

Rechtlich gleichgültig ist, ob der in Freiheit gesetzte Gefangene beabsichtigt, dauernd der Haft sich zu entziehen oder nach gewisser Zeit in sie zurückzukehren; RG. III 5. Juli 94 E. 26 53 (es komme deshalb auch subjektiv für den Fall des Abs. 1 nicht darauf an, ob der Beamte annahm, der Gefangene werde demnächst zur Haft zurückkehren u. seine Freiheit nicht zur Flucht benutzen).

5a) Der Begriff der „Entweichung" insbs. setzt nicht bei dem Gefangenen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit voraus; es ergibt sich dies auch für Abs. 2 mit unabweisbarer Folgerichtigkeit aus Abs. 1; denn der Beamte ist zweifellos straffällig, wenn er vorsätzlich zuläßt oder sogar mitwirkt, daß der Gefangene der noch bestehenden Haft in gutem, aber irrigem Glauben an seine Berechtigung sich entzieht. So: RG. I 2. Jan. 82 E. 5 324, das in einem Falle aus Abs. 2 strafte, in dem ein Gefangenwärter einen Gefangenen in der irrtümlichen Annahme, dessen Strafzeit sei bereits abgelaufen, aus der Haft entließ; Hälschner 2 1055.

b) Eine „Befreiung" eines Gefangenen ist noch nicht bewirkt, solange er von der ihm gebotenen Möglichkeit des Entweichens keinen Gebrauch macht und auch sonst in dem Zustande der Gefangenschaft keine Änderung eingetreten ist; RG. IV 18. Dez. 94 E. 26 334 (es gelte dies gleichmäßig bei der Unterlassung des mechanischen Gefängnisverschlusses, wie bei der zeitweisen Unterbrechung der persönl. Überwachung durch den Gefangenwärter).

6) Im Falle des Absatzes 2 kann die Fahrlässigkeit (§ 59 N. 17) nicht schon durch Feststellung einer Dienstpflichtsverletzung, z. B. Zuwiderhdlg. gegen das Gefängnisreglement, für dargetan erachtet werden; RG. III 14. Feb. 87 E. 15 345 (vgl. im übrigen § 222 N. 4_2). Ist die Fahrlässigkeit festgestellt, so bedarf es des weiteren Nachweises hinsichtlich des unmittelbaren oder mittelbaren Kausalzusammenhanges zwischen ihr und der Entweichung des Gefangenen; v. Prittwitz G. 30 148, Bruck Fahrläßgkt. S. 41.

Mit Recht ist angenommen, daß ein Gefängnisbeamter des fahrl. Verg. sich schuldig machen könne, wenn er Gefangene den von der Polizeibehörde zu ihrer Abführung geschickten Transporteuren übergibt, ohne deren unzureichende Anzahl zu beachten und ohne genügende Vorkehrungen zum sicheren Transport zu treffen; Berlin 7. Feb. 77 O. 18 97.

7) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. aus Abs. 1 ist denkbar; Hälschner 2 1056, Meves HH. 3 955, v. Liszt S. 581 (obwohl Versuch der Beförderung als „Versuch der Beihilfe" erscheine), Rüd.-St. N. 7.

8) Anstiftung seitens des Gefangenen selbst ist strafbar (§§ 48 N. 20, 121 N. 4); aM. v. Kries ZStrW. 7 542.

9) Die ordentliche Hauptstr. des vollendeten Verbr. aus Abs. 1 ist Zuchthaus von 1 - 5 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13 ff.) angedrohte Hauptstr. Gefängnis von 1 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann nach § 32 sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. VbER. erkannt werden.

Der Versuch (N. 7) des Verbr. ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 strafbar.

Die Strafe des Verg. aus Abs. 2 ist wahlweise Gefängnis von 1 T.—6 Mt. oder Geldstr. von 3—600 M. (§ 27); die ev. an die Stelle der letzteren tretende Gefängnisstr. darf nach § 29_2 nicht mehr als 6 Mt. betragen.

Die Strafverfolgung verjährt beim Verbr. nach § 67_1 in zehn, beim Verg. nach § 67_2 in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73^2, 73^1, 75^{14}.

§. 348.

Ein Beamter, welcher, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit vorsätzlich eine rechtlich erhebliche Thatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register oder Bücher falsch einträgt, wird mit Gefängniß nicht unter Einem Monat bestraft.

Dieselbe Strafe trifft einen Beamten, welcher eine ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Urkunde vorsätzlich vernichtet, bei Seite schafft, beschädigt oder verfälscht.

PrStGB. § 323. Entw. I § 327, II § 344.

Vgl. § 349.

Zu § 348 Abs. 1. N. 1—11.

1) Das, in der Außerachtlassung einer besonderen Vertrauenspflicht in Beziehung auf die Herstellung einer konkreten Urk. (**RG**. II 23. Jan. 80 E. **1** 162, I 29. Juni 85 R. **7** 438) sich charakterisierende, Vergehen aus Abs. 1 ist ein eigentliches Amtsdel. (Abschn. 28 N. 1).

Da sein Subjekt ein Beamter (§ 359) sein muß, andererseits aber nicht jeder Beamte, sondern nur ein zur Aufnahme öffentlicher Urk. befugter (N. 2) sein kann, so ist das Verg. zugleich ein Beamten-Delikt, das zu den sog. besonderen Amtsdel. gehört (Abschn. 28 N. 3a, 4b); so Hälschner 2 1064; aM. H. Meyer S. 678 N. 4; vgl. auch Binding Lb. 2 287 N. 1.

2) Nur ein „zur Aufnahme" — nicht auch, wie im PrStGB. § 323, „zur Ausstellung" (vgl. jedoch Binding Lb. **2** 282 N. 1) — öffentl. Urk. befugter Beamter kann Subjekt des Verg. sein. Unter „Aufnahme" ist aber nur der Akt zu verstehen, durch den der Beamte eine vor ihm von einem anderen abgegebene Erklärung oder vor ihm bzw. durch ihn vollzogene Tatsachen zum Zwecke des Beweises feststellt; so: **RG**. III 13. März 80, 8. Nov. 83, I 17. Nov. 84, E. **1** 312, **9** 240, **11** 257, Geyer **2** 196, Hälschner **2** 1064, v. Schwarze N. 1 A. 1; aM.: Binding aO. 281, Frank N. I 1, sowie Oppenh.-D. N. 2, der darunter die Herstellung einer jeden mit voller Beweiskraft ausgestatteten Urk. seitens des amtlich dazu berufenen Beamten in betreff einer existent gewordenen, rechtlich erheblichen, Tatsache oder ihrer Negative versteht; dahin neigt auch Rüb.-St. N. 3.

Übrigens ist die Anwendbarkeit des Abs. 1 nicht auf die Kategorie der eigentlichen Beurkundungsbeamten i. e. S. (Richter, Notare, Standesbeamten) zu beschränken, sondern es ist jede nach der geltenden reichs- o. landesgesetzl. Rechtsordnung geregelte amtl. Zuständigkeit zur amtl. Beurkundung in dem oben bezeichneten S. unter die Strafnorm zu begreifen; deshalb unter dieser Voraussetzung z. B. auch ein Briefträger; **RG**. I 28. Nov. 81, II 7. Feb. 82, III 8. Nov. 83, 5. Okt. 91, IV 12. Dez. 84, 15. Apr. 90, E. **5** 246, **6** 17, **9** 240, **22** 151, **11** 291, **20** 369, ferner ein Bürgermeister in der Rheinprovinz I 27. Okt. 94 E. **26** 164. Immerhin aber wird Berechtigung u. Beruf des Beamten vorausgesetzt, über die konkrete Amtshdlg. einen Beweis zum öffentl. Glauben, ein für u. wider jedermann wirksames Beweismittel zu schaffen; **RG**. II 26. Okt. 86 E. **15** 4 (jene Voraussetzung bezüglich des Vorstehers einer ländl. Gemeinde im Gebiete des PrALR. lediglich auf Grund dieser seiner Eigenschaft verneinend).

3) Wegen „rechtlich erheblicher Tatsachen" vgl. §§ 267 N. 11—13, 271 N. 4 ff. Was insbs. die Rechtserheblichkeit betrifft, so erfordert in Übereinstimmung damit § 348 gleichfalls nicht, daß die btr. Tatsache für den konkreten Zweck der Urk., sondern nur, daß sie in abstracto rechtserheblich sei; **RG**. II 3. Dez. 97 E. **30** 373. Dafür hat namentl. alles das zu gelten, was der Beamte durch Gesetze oder auf Grund von Gesetzen erlassenen Instruktionen in die Urk. aufzunehmen angewiesen ist, wie z. B. durch ZPO. § 762 bzw. die auf Grund des GVG. § 155 seitens der Landesjustizverwaltungen erlassenen Dienst- u. Geschäftsordnungen für Gerichtsvollzieher btr. der Pfändungsprotokolle, durch das PersonenstdsG. bzw. die dazu von zuständiger Seite erlassenen Instruktionen btr. der Personenstdsurk.; **RG**. III 24. Mai 82, II 16. Sept. 84, I 3. Dez. 85, IV 21. Feb.,

23. März 88, E. 6 361, 11 77, 13 116, 17 169, R. 10 266. In der Praxis des RG. ist die Rechtserheblichkeit z. B. bejaht bei Beurkundungen:

a. btr. Zustellungen bezüglich des vom PrGerichtsvollzieher bei Zustellungen durch die Post in dem von ihm abzufassenden Ersuchen nach der Geschäftsanweisung einzutragenden Datums der Abfassung; zit. R. 10 266; bzw. bezüglich der vom Postboten bescheinigten Tatsache, daß er das zuzustellende Schriftstück dem Adressaten übergeben o. daß er ordnungsmäßig zugestellt habe; II 7. Feb. 82 E. 6 17, zit. E. 11 77;

b. btr. Pfändungen bzw. Zwangsversteigerungen seitens eines Gerichtsvollziehers bezügl. des Herganges einer Vollstreckungshdlg. (worüber die zu errichtende öffentl. Urk. allein u. ausschließlich bestimmt sei, Beweis zu liefern); IV 7. Jan. 99 E. 31 420; bezügl. der Tatsache, daß der Gerichtsvollzieher behufs Pfändung in die Wohnung des Schuldners sich begeben sowie dessen Behältnisse durchsucht habe (im Gebiete der PrGeschäftsanweisung f. Gerichtsvollzieher); II 17. Nov. 99 E. 32 389; bezügl. der Tatsache einer erfolgten wirksamen Pfändung, insbs. der Vornahme einer Besitzergreifung, sowie bezügl. der Tatsache der Angabe der abgepfändeten Gegenstände im Protokoll; II 18. Apr. 82 E. 6 184, I 11. Okt. 83 R. 5 587, IV 16. Jan. 91 G. 39 58; bzw. bezügl. der Bestimmung des Versteigerungstermines nach den Vorschriften der PrGerichtsvollzieherO. u. d. PrGeschäftsanweisung f. Gerichtsvollzieher; II 6. Apr. 86 R. 8 261, IV 21. Feb. 98 E. 17 169; bzw. bezügl. des zur Versteigerung gebrachten Objektes; IV 24. Nov. 85 E. 13 123;

c. seitens eines Standesbeamten btr. der Tatsache, daß der Eheschließungsakt vor ihm selbst stattgefunden habe; zit. E. 13 116; bzw. daß die Verhandlung dem Erschienenen vorgelesen u. von ihm genehmigt sei, bzw. daß die Eintragung in das Register an dem angegebenen Tage stattgefunden habe; IV 21. Juni 89 G. 37 203;

d. btr. Strafnachrichten seitens eines Württemb. Ortsvorstehers in den aus den Strafregistern seiner Gemeinde gefertigten Auszügen; I 31. Jan. 95 E. 26 413;

e. btr. der zuf. der Bestimmungen d. TelegraphenO. f. d. DR. (jetzt v. 16. Juni 1904) in Depeschenausfertigungen aufzunehmenden Angaben über Absender, Aufgabeort, Aufgabe- u. Bestellzeiten; III 5. Juli 97, I 28. Feb. 98, E. 30 238, 31 42;

f. btr. der von einem Notar im Gebiete der PrAGO. beurkundeten Tatsache der Übergabe von Wertpapieren im Anschluß an deren erklärte Schenkung; zit. E. 30 373.

4) Für beide Fälle des Mischtatbestandes (gegen solche Bezeichnung Binding Lb. 2 286 N. 2) ist erforderlich, daß die Beurkundung oder Eintragung, bei denen das Merkmal der Öffentlichkeit gleichmäßig Anwendung findet, ihrer äußeren Form nach den für die Aufnahme öffentl. Urk. gegebenen Vorschriften entsprechen; es muß objektiv eine vollgültige, beweiskräftige öffentl. Urk. hergestellt sein; RG. II 23. Dez. 79, III 13. März 80, IV 24. Juni, I 3. Dez., 29. Juni 85, E. 1 42, 312, 12 331, 13 116, R. 7 438. Wird der objektive Charakter einer öffentl. Urk. gewahrt, so genügt es, wenn die Herstellung der Urk. in der Weise durch den Beamten bewirkt wurde, daß die Urk. mit seinem Wissen und Willen bzw. in seinem Auftrage durch einen Dritten entworfen und dann von ihm unterschriftlich vollzogen wurde; so das zit. RG. E. 13 116 btr. der Aufnahme einer standesamtl. Urk. nach Anzeige des Vorfalles beim Standesbeamten in seiner Abwesenheit durch einen Schreibgehilfen unter nachträglicher Unterzeichnung seitens des Beamten. Weiter geht noch Meves HH. 3 994, wenn er bei Veranlassung der Hdlg. des Beamten unter Einsetzung seiner amtl. Eigenschaft „eine persönl. Vornahme jener Hdlgen" nicht für erforderlich erachtet. Andererseits scheint RG. IV 3. März 85 E. 12 62 (vgl. § 271 R. 2_2) die Wirksamkeit der Genehmigung und die Bedeutung der äußeren Form zu verkennen.

5) Die Handlung selbst, wegen welcher § 271 zu vergl., muß von dem Beamten „innerhalb seiner Zuständigkeit" vorgenommen sein, d. h. er muß in concreto, also sachlich und örtlich (vgl. §§ 110 N. 20, 116 N. 3), zuständig sein; RG. II 3. Dez. 97 E. 30 373, Berner S. 676, Binding Lb. 2 281, Hälschner 2 1065, Frank N. I 2a, Oppenh.-D. N. 3. Nicht erforderlich ist dagegen, daß der zuständige Beamte zugleich in rechtmäßiger Amtsausübung (§ 113 N. 12) sich befunden habe; RG. IV 13. Dez. 89, I 2. Nov. 99,

E. 20 119, 32 359 (btr. eines Gerichtsvollziehers, der eine Zwangsvollstreckung in das bewegl. Vermögen des Schuldners vornahm, obgleich letzterer nur d. V. der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück verurteilt war, bzw. btr. eines öffentl. Fleischbeschauers, dem die Fleischbeschau bezügl. solcher Tiere, die von seinen Angehörigen geschlachtet wurden, sowie die Beurkundung deren Befundes zulässigerweise polizeil. verboten war).

In der Praxis des RG. wurde das Vorliegen des Erfordernisses der „Zuständigkeit"

a. bejaht btr. des „Pflegers" eines nach der BayerGemeindeO. gewählten Ortsausschusses zur Beurkdg. von Vorgängen, welche mit Bezug auf die ortschaftliche Vermögensverwaltung gesetzlich vorgeschrieben sind; bzw. btr. der Württemb. Gemeinde-Vorsteher u. -Pfleger als vollziehender Organe des Gemeinderats in der Verwaltung des Gemeindevermögens; I 4. Feb. 89, 5. Jan. 94, E. 18 391, 25 69;

b. verneint btr. der nach der BayerGemeindeO. als polizeil. Aufsichts- u. Vollzugsorgane angestellten Fleischbeschauer vor ihrer Verpflichtung; I 25. Apr. 89 E. 19 180; btr. der nach der GemeindeO. f. d. PrRheinprovinz bestellten Gemeindevorsteher als Organe des Bürgermeisters; I 12. Juni 97 E. 30 151; vgl. ferner München 21. Apr. 76 St. 6 50 u. Stuttgart 29. Nov. 76 St. 7 196, jedoch unter der in dieser Allgemeinheit zu weitgehenden Motivierung, daß ein Beamter nicht zuständig sei, in eigener Sache Beurkundungen vorzunehmen (s. aber auch RG. I 17. Juni 80 R. 2 76).

6a) Bezüglich der amtlichen „Beurkundung" insbs. ergibt sich aus ihrem Wesen von selbst, daß der beurkundende Beamte der Verhandlung, deren Vorgänge er beurkunden soll, von Anfang an beiwohnen muß, daß ferner, wenn auch das Protokoll von einem Dritten geschrieben und allenfalls selbst vorgelesen wird, jedenfalls das letztere in Gegenwart der Urkundsperson geschehen muß; RG. I 3. Dez. 85, 8. März 86, E. 13 116, 393 (beide insbs. btr. d. PersonenstdsG.). Im übrigen vgl. §§ 267 N. 3, 5, bzw. 271 N. 6; dementsprechend RG. IV 12. Dez. 84 E. 11 291 (der Charakter der „Beurkundung" könne nur denjenigen Vermerken eines Beamten beigelegt werden, die dazu bestimmt seien, unter der Autorität des öffentl. Glaubens für u. gegen Dritte ein authentisches beweisendes Schriftstück herzustellen, nicht aber jeder schriftlichen Bemerkung, die ein Beamter nach den für ihn maßgebenden Dienstanweisungen über eine dienstliche Tätigkeit zu machen habe) sowie das N. 2_2 zit. RG. E. 15 4.

b) Eine „falsche Beurkdg." i. S. des §. liegt, falls die protokollierten Tatsachen als auf Grund eigener Wahrnehmung beruhend (vgl. jedoch ZPO. § 418_3) von dem Beamten bezeugt werden, während er selbst dem Termine nicht beigewohnt hat, selbst dann vor, wenn die bezeugte Tatsache objektiv richtig ist; RG. II 4. März 92 G. 40 34. Vgl. auch über den Fall der Beurkdg. eigener Wahrnehmung zugezogener Zeugen bei einer Testamentserrichtung vor einem Bayer. Notar, während dieselben erst später hinzugekommen waren, RG. I 26. Juni 93 E. 24 230 (btr. BayerNotariatsG. Art. 60).

7) Insbs. für die amtliche „falsche Eintragung in öffentliche Register oder Bücher" ergibt sich, entsprechend dem Begriffe der amtlichen Beurkundung (N. 6a), daß die Tatsache der Führung von Büchern seitens eines Beamten innerhalb seines Dienstkreises, z. B. behufs Kontrolle der von ihm gemachten Einnahmen und Ausgaben oder zu anderen Zwecken des inneren Dienstes, nicht ausreicht; so die N. 4 zitt. RG. E. 1 42, 312. Was im übrigen die Frage betrifft, ob auch dieser Mischtatbestand durch das Unterlassen einer Eintragung begangen werden könne, so erscheint in Berücksichtigung der abweichenden Ausdrucksweise des § 351 („unrichtige Führung"; das. N. 5) die Annahme gerechtfertigt, daß eine Nichteintragung nur insofern den Tatbestand erfülle, als sie in Verbindung mit einer o. mehreren Eintragungen diese als „falsch" erscheinen läßt; so: Binding Lb. 2 286, Meves HH. 3 993 f., Frank N. 1 2 d, Rüd.-St. N. 9; aM. Oppenh.-D. N. 12 u. v. Schwarze N. 4, die Unterlassung als Falsch-Eintragung ansehen, sobald dadurch dem Register „im ganzen betrachtet" ein unrichtiger Inhalt gegeben werde.

8) Die Eigenschaft der „Öffentlichkeit" (N. 4) einer „Urkunde" (vgl. §§ 267 N. 5 ff., 271 N. 2) bzw. der „Register und Bücher", in welche die Eintragung geschah, ist beispielsweise in der Praxis des RG.

I. bejaht btr.: der Bescheinigung eines vom Standesbeamten ersuchten Gemeindevorstehers über den erfolgten Aushang des Aufgebots gemäß PersonenstdsG. § 46; III 7. Mai 81 E. 4 155; der Posteinlieferungsscheine sowie des durch die Allg. Dienstanweisung vorgeschriebenen Postannahmebuches B auf Grund des § 50 RPostG. i. V. mit den Bestimmungen der PostO. (vgl. §§ 13 III, 31 der jetzigen PostO. v. 20. März 00); III 8. Nov. 83, I 26. Jan. 91, E. 9 240, 21 310; der Eintragung eines zur Vornahme einer Revision gemäß VZG. § 27 verpflichteten Steuerbeamten in die Zolldeklaration über den Revisionsbefund; IV 21. Dez. 97 E. 30 384; des Beschlußbuches eines rheinpreuß. Gemeinderats; I 27. Okt. 94 E. 26 165; des Protokolles eines BadBürgermeisters u. eines als Protokollführer zugezogenen Ratsschreibers über einen bei dem Gemeinderechner vorgenommenen Kassensturz; I 28. Nov. 81, 10. Jan. 84, E. 5 246, 10 35; des mit Eintragungen beweiserheblichen Inhalts versehenen allg. Dienstregisters des Gerichtsvollziehers; II 25. Nov. 82 E. 7 252; der Bescheinigung eines Elf.-lothrBürgermeisters über die Richtigkeit der Gemeindeausgaben; I 11. Dez. 79, 7. Apr. 84, R. 1 142, E. 10 275; des von einem PrGemeindevorsteher ausgestellten Ursprungsattestes für Viehstücke; I 17. Juni 80 R. 2 76; der die amtliche Unterlage für den Nachweis der Übertragung von Grundeigentum und damit zusammenhängender dinglicher Rechte bildenden Grundakten in allen ihren einzelnen Teilen (vgl. § 267 N. 21 I f); III 10. Mai 82 R. 4 470; der von einem Gerichtsvollzieher, selbst ohne Erwähnung seiner, übrigens aus dem Inhalte erkennbaren, Amtseigenschaft bei der Unterschrift, aufgenommenen Pfändungsurkunde; III 14. Juni 82 R. 4 563; der von einem verpflichteten BayerFleischbeschauer geführten Verzeichnisse über die beschauten Schlachttiere bzw. der am Schlachtorte ausgestellten Fleischbeschauscheine, auch wenn die zur Einfuhr an einem anderen Orte erforderliche Beglaubgg. der Polizeibehörde noch fehlt; I 26. Jan. 88, 8. Mai 93, E. 17 76, 24 158; der von einem PrGerichtsvollzieher aufgenommenen Protokolle über Einstellung der Zwangsvollstreckung infolge freiwilliger Zahlung bzw. Vorlegung einer Quittung; II 14. Feb. 88 R. 10 145, IV 13. Dez. 89 E. 20 119; der von einem WürttembOrtsvorsteher im Verfahren bei Erlassung polizeil. Strafverfügungen zuf. Auftrages der zuständigen Polizeibehörde aufgenommenen Zeugenvernehmungsprotokolle, bzw. der von einem solchen gefertigten Auszüge aus dem Strafregister seiner Gemeinde; I 29. März 94, 31. Jan. 95, E. 25 223, 26 413;

II. verneint btr.: des seitens eines Gerichtsvollziehers — ohne Aufnahme u. Beifügung eines Protokolles — dem Gerichte über die Ausführung einer Zwangsvollstreckung erstatteten Berichtes und des entsprechenden Eintrages in die Beitreibungsliste und das Dienstregister bzw. des Eingangsvermerkes auf einem bei ihm eingegangenen amtl. Auftrage; II 14. Juni 81, IV 10. Jan. 90, 7. Jan. 99, E. 4 283, 20 175, 31 420; der in § 14 der Ministerialanweisung v. 15. Sept. 79 zur PrV. v. 7. Sept. 79 btr. das Verwaltungszwangsverfahren wg. Beitreibung von Geldbeträgen vorgeschriebenen Auszüge aus den Restverzeichnissen bzw. der von den Vollziehungsbeamten in dieselben eingetragenen Vermerke über die Ausführung der Mahnung; III 2. Okt. 90 E. 21 104; der Zahlungsanweisung seitens eines Beamten (eines in der Verfügungsgewalt desselben beruhenden Zahlungsauftrages); das zu a zit. E. 10 275; des Bestellvermerks eines Landbriefträgers auf einer Postanweisung (weil er nach der Dienstanweisung f. Landbriefträger v. 1. Mai 1882 § 25 lediglich für den inneren Verkehr bestimmt sei); IV 12. Dez. 84 E. 11 291; des von einem PrGemeindevorsteher namens des Gemeindevorstehers geschlossenen Jagdpachtvertrages; IV 16. Jan. 91 E. 21 297; der von einem PrGemeindevorsteher i. d. östl. Provinzen bzw. i. d. Rheinprovinz vorgenommenen Beglaubgg. einer Namensunterschrift, insbs. unter einer nach dem JVersicherungsG. auszustellenden Quittung über eine Rente; IV 21. Juni 92, I 16. Mai 95, E. 23 180, 27 231; der von einem Gerichtsvollzieher, neben einer Klagezustellungsurk., ausgestellten Bescheinigung, daß die Zustellung seiner Erinnerung nach vor einer bestimmten, für die Wahrung der Einlassungsfrist wesentlichen Stunde des Zustellungstages erfolgt sei; II 5. Apr. 95 E. 27 145; der von einem Beamten der Oldenb. Eisenbahnverwaltung an einer Station im Preuß. Staatsgebiet ausgestellten Quittungen über an die Staatskasse gezahlte Beträge; III 24. Jan. 98 G. 46 116 (weil nach

dem zw. Pr. u. Oldenburg abgeschlossenen Staatsvertrage v. 23. Jan. 1873 die oldenb. Staatseisenbahnbeamten den preuß., namentl. hinsichtlich Übertragung der Befugnis zur Ausstllg. von Urk. mit öffentl. Glauben, nicht gleichgestellt seien; vgl. § 267 N. 9b).

9) Zur Vollendung des Verg., dessen Versuch nicht strafbar (§ 43_2), gehört das Gebrauchmachen von der Beurkundung o. Eintragung nicht; so: RG. I 19. Nov. 83 E. **9** 214, Binding Lb. **2** 287, Hälschner **2** 1066, Frank N. 1 3, v. Schwarze N. 8; zu Unrecht deshalb RG. III 14. Juni 82 R. **4** 563, die Beurkundung einer Tatsache durch eine Urk. vollziehe sich dadurch, daß von der vollendeten Urk. als solcher der ihrer Bestimmung entsprechende Gebrauch gemacht werde. Allerdings führt diese Entsch. richtig aus, daß bei der Beurkundung die Vollendung nicht ohne weiteres mit der Niederschrift als solcher zusammenfalle, während freilich die Tat bei der Falsch-Eintragung in ein öffentl. Register notwendig mit dieser selbst juristisch vollendet ist. Bei der Beurkundung dagegen fragt es sich, wie lange das Niedergeschriebene als bloßer Entwurf anzusehen sei (vgl. auch N. 10b). Das Vorliegen eines solchen ist jedenfalls zu verneinen und vollendete Beurkundung anzunehmen, sobald der Niederschreibende das Schriftstück aus seiner Verfügungsgewalt gegeben und somit der Änderungsmöglichkeit sich begeben hat; andererseits kann, wenn nicht von vornherein Fälschungsabsicht vorliegt, ein auf eine zukünftige Tatsache bezügliches Schriftstück stets nur einen Entwurf darstellen; RG. I 19. Nov. 83, 17. Nov. 84, 14. Jan. 86, E. **9** 214, **11** 257, R. **8** 46 (letzteres noch ausführend, daß das wissentl. „Gebrauchmachen" nicht entsprechend den §§ 270, 273, im Verhältnisse zu den §§ 267, 271, unter eine bezügliche Strafandrohung gestellt sei, daß solches jedoch erübrige, weil derartige Fälle [nach den obigen Ausführungen] „regelmäßig" durch § 348 mit betroffen würden, indem die Beurkundung „regelmäßig" erst mit dem Gebrauchmachen stattfinde), ferner: Binding aO. 287 f. (207 N. 2).

10) Was den subjektiven Tatbestand betrifft, so bedarf zunächst die ausdrücklich hervorgehobene „Vorsätzlichkeit" stets einer Feststellung (§ 59 N. 22); RG. IV 24. Nov. 85 E. **13** 123.

a) Im einzelnen bedingt die Vorsätzlichkeit — außer dem Bewußtsein des Täters von der ihm beiwohnenden Beamteneigenschaft (RG. III 9. Jan. 93 E. **23** 374) — zunächst das Bewußtsein von dem öffentlichen Charakter der herzustellenden Urk.; RG. I 5. Jan. 94 E. **25** 69 (mit der weiteren Ausführung, daß ein Irrtum hierüber, soweit er nicht überhaupt tatsächl. Natur, nicht dem Gebiete des Strafrechts angehöre; § 59 N. 2 I a), sowie namentl. das Bewußtsein von der Unrichtigkeit der Beurkundung; RG. I 10. Jan. 84, 3. Dez., IV 24. Nov. 85, E. **10** 35, **13** 116, 123; dies setzt voraus, daß der Beamte auch verstanden habe, was er bekundete, insbs. beim Gebrauche gewisser (technischer) Ausdrücke deren Sinn; so zit. E. **10** 35. Der Vorsatz erfordert ferner das Bewußtsein von der Rechtserheblichkeit der btr. Tatsache; RG. I 17. Jan., 9. Juni 81, 7. Apr. 84, IV 24. Nov. 85, II 16. Sept. 84, 20. Sept. 81, E. **3** 324, **4** 277, **10** 275, **13** 123, **11** 77, R. **3** 501. Dies Bewußtsein liegt bei der Beurkundung solcher Tatsachen, die rechtserheblich sind, weil sie kraft Gesetzes 2c. in die Urk. aufzunehmen sind (N. 3), schon dann vor, wenn der Beamte sich bewußt ist, daß die Anweisung richtiger Beurkundung für ihn besteht; RG. III 24. Mai 82 E. **6** 361; so im wesentlichen auch RG. III 6. Juni 85 E. **12** 297, das darüber sich verhält, unter welchen Voraussetzungen auch der eventuelle Dolus (§ 59 N. 6), der an sich mit IV 7. Juni 87 R. **9** 361 für ausreichend erachtet wird, als ausgeschlossen angesehen werden könne; vgl. auch IV 14. Feb. 90 E. **20** 236, das i. c. den event. Dolus verneinte. Die Vorsätzlichkeit erfordert endlich, daß der Beamte seiner gesetzlichen o. instruktionsmäßigen Pflicht, richtig zu beurkunden bzw. einzutragen, sich bewußt gewesen sei; zit. RG. E. **11** 77. Wohnt ihm auch dieses Bewußtsein bei, so wird das generelle Dolusmerkmal, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (§ 59 N. 30), das Dresden 2. Juni 72 St. **2** 131 an sich mit Recht fordert (vgl. auch RG. IV 29. Okt. 89 G. **37** 364), von selbst vorliegen. Fehlt das Bewußtsein nach der einen oder der anderen Richtung, so ist der nötige Dolus nicht vorhanden, sollte auch der Mangel des Bewußtseins auf einem Rechtsirrtum beruhen; RG. I 23. Nov. 93 E. **24** 400; vgl. auch das zit. E. **20**

236; anders jedoch gemäß der § 59 N. 31aα charakterisierten OM. das zit. RG. E. 11 77 sowie III 8. Jan. 98 G. 46 111 für den Fall, daß der Beamte in einem Irrtum über den, einen Bestandteil des Strafgesetzes bildenden, Begriff des „rechtlich Erheblichen" sich befunden habe.

b) Da die Vorsätzlichkeit den Willen erfordert, eine Urk. unrichtigen Inhalts herzustellen, so schließt der Wille des Täters, ein Schriftstück bloß als einen, noch in seiner Verfügungsgewalt verbleibenden, Entwurf einer Beurkundung zu fertigen, den Tatbestand des Abs. 1 aus; erst wenn der Verfertiger den Entschluß faßt, den Entwurf als Urk. gelten zu lassen und als solche ihrem bestimmungsmäßigen Gebrauche zuzuführen o. zu überlassen, liegt der Vorsatz, zu beurkunden, vor; so die N. 9 zitt. RG. E. 9 214, 11 257, R. 8 46. Zu dem durch die Herstellung des Schriftstückes bereits gegebenen objektiven Elemente muß das vom Gesetz erforderte subjektive Element des Vorsatzes hinzutreten; so RG. IV 17. Mai 89 E. 19 243, das deshalb mit Recht (Binding Lb. 2 288 N. 2) einen Gerichtsvollzieher aus § 348 strafte, der als Anfertiger des Entwurfs einer Zustellungsurk., nachdem letztere ohne seinen Willen durch einen Dritten zu amtlichen Akten übergeben worden war, auch nach Kenntniserlangung hiervon nichts zur Verhinderung des der objektiven Bestimmung der Urk. entsprechenden Gebrauches tat.

c) Eine „rechtswidrige Absicht" i. S. des § 267 (das. N. 46) ist nicht erforderlich; RG. I 9. Juni 81, IV 24. Nov. 85, 7. Juni 87, E. 4 277, 13 123, R. 9 361. Der verfolgte Endzweck ist unerheblich; RG. I 19. Nov. 83 E. 9 214, zitt. E. 13 123, R. 9 361. Ein Eventualdolus ist ausreichend; zit. R. 9 361.

11) Was das Verhältnis des § 348_1 zum § 267 (das. N. 30_2) betrifft, so schließen beide Tatbestände sich begrifflich aus; RG. I 17. Apr. 82, 29. Juni 85, R. 4 343, 7 438, III 5. Juli 97 E. 30 238.

Zu § 348 Absatz 2. N. 12—18.

12) Das, in der Außerachtlassung einer besonderen Vertrauenspflicht in Beziehung auf die Erhaltung einer konkreten Urk. bestehende, Verg. aus Abs. 2 (so RG. II 23. Jan. 80, 25. Nov. 82, IV 23. Sept. 84, E. 1 162, 7 252, 11 85) erfordert als Subjekt einen Beamten (§ 359) u. zwar z. Z. der Tat selbst (Abschn. 28 N. 5). Andererseits aber kann ein jeder Beamter Täter sein; denn es wird nur erfordert, daß dem „Beamten eine Urkunde amtlich anvertraut oder zugänglich sei" (N. 13 f.); Hälschner 2 1061. Das Delikt ist deshalb ein sog. allgemeines Amtsdel., das zugleich ein Beamten-Delikt ist (Abschn. 28 N. 3a, 4a).

13) Der Begriff der „Urkunde" i. S. des Abs. 2 ist nicht eingeschränkt; auch für Privaturk. ist deshalb die Beweiserheblichkeit für Rechte rc. kein Erfordernis; so die OM.; vgl. jedoch RG. II, III 19. Dez. 87 E. 17 103, das „Beweisfähigkeit" als zum Wesen jedes Beweismittels gehörig auch von der Urk. i. S. des § 348_2 erfordert, im übrigen dahingestellt lassend, ob dies Erfordernis von dem der „Beweiserheblichkeit" bei Privaturk. i. S. des § 267 (das. N. 3d, 4) zu unterscheiden sei, ferner I 23. Jan. 02 E. 35 80. Der Begriff ist sonach der juristisch-technische, wie er für das Rechtsleben überhaupt nur in Frage kommt (§ 267 N. 3a) und bedingt daher — außer der Bestimmung zum Beweise (§ 267 N. 3b; so die zitt. RG. E. 17 103, 35 80) — Rechtserheblichkeit (§ 267 N. 3c) des Inhaltes der Urk. So: Hälschner 2 1061, Merkel HRgutachten S. 26 ff., John ZStrW. 4 14, 6 12. AM.: RG. I 8. Nov. 80, II 23. Jan. 80, III 23. Okt. 83, IV 21. Feb. 88, 4. Okt. 92, 11. Dez. 96, E. 2 425, 1 162, 9 141, 17 169, 23 236, 29 238, Meves HH. 3 956, H. Meyer S. 681, Börne GS. 41 396, es setze § 348_2 den allg. Urkbegriff (§ 267 N. 2) voraus, der nur die Beweiserheblichkeit für irgendeine Tatsache erfordere. Bezüglich der von einem Vorgesetzten an den untergebenen Beamten erlassenen Erinnerungsschreiben bejahte übrigens RG. II 22. Jan. 84 R. 6 42 die Rechtserheblichkeit der dadurch zu beweisenden Tatsachen, während das § 267 N. $15a_2$ zit. RG. E. 19 62 den in Gemäßheit der GebührenO. f. Gerichtsvollzieher § 23 (F. v. 20. Mai 98 ebenso) ausgestellten Kostennoten die Eigenschaft von Privaturk. selbst i. S. des § 348_2 absprach, weil sie auch nicht zum Beweise einer „außerrechtlichen" (so!) Tatsache geeignet seien.

14 a) Die fraglichen Urk. brauchen nicht „amtliche" zu sein, vielmehr kommen auch beliebige Privaturk. in Betracht; **RG.** II 19. Sept. 93 **G. 41** 276 btr. eines von einem Gläubiger an einen mit der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher gerichteten Erinnerungsschreibens. Wenn daher erfordert wird, daß die Urk. dem Beamten „amtlich anvertraut o. zugänglich" (vgl. „amtlich aufbewahrt o. übergeben" im § 133_1; das. N. 3) seien, so ist das entscheidende Merkmal nicht eine Beziehung der Urk. zum Amte, sondern vielmehr die ihr gegebene, eine Verfügung des Beamten ermöglichende Bestimmung; Merkel HRgutachten S. 50 f.

b) Wegen „amtlich anvertraut" vgl. § 246 N. 23, insbs. das das. zit., den § 348_2 betreffende, **RG.** E. **11** 85 sowie IV 11. Dez. 96 **E. 29** 238, jenes das Merkmal i. c. verneinend, dieses es bejahend. Danach erfordert der Begriff jedenfalls, daß die Urk. amtlich in den Gewahrsam des Beamten gelangt ist (Meves § 353a N. 9 u. HH. **4** 345, Oppenh.-D. N. 14), gleichgültig ob durch Übergabe seitens eines Beamten oder eines Privaten. Andererseits genügt jenes aber nicht, vielmehr muß die Einräumung der Verfügungsgewalt auf einem, wenn auch nur stillschweigenden Vertrauensakte beruhen, so daß nicht jede amtliche Erlangung des Gewahrsams (z. B. Auffinden einer verloren gegangenen Urk. seitens des btr. Revier-Polizeibeamten) jenes Tatbestandsmoment erfüllt; so v. Schwarze N. 9 A. 7; aM.: Hälschner 2 1061, H. Meyer S. 681 N. 13, Oppenh.-D. N. 14.

c) „Amtlich zugänglich" ist einem Beamten eine Urk., sobald seine amtliche Stellung ihm ermöglicht, zu der bereits vorhandenen Urk. zu gelangen; **RG.** II, III 19. Dez. 87 **E. 17** 103 (deshalb den Tatbestand verneinend bei Beiseiteschaffung einer Urk., die der Beamte in einer außerhalb seiner Amtsbefugnisse liegenden, vielmehr gegen seine Amtspflichten verstoßenden Weise erst für sich hatte herstellen lassen), ferner: Meves aO., Oppenh.-D. N. 15. Der an einer Urk. bestehende Gewahrsam des Beamten schließt übrigens den Begriff der „Zugänglichkeit" nicht aus, so daß dieses Moment auch dann angenommen werden kann, wenn die zwar im Gewahrsam des Beamten befindliche Urk. dennoch als eine „anvertraute" (b) nicht anzusehen ist; so das zu a zit. **RG. G. 41** 276.

d) Da eine Urk. einem Beamten zunächst amtlich anvertraut, später aber, nachdem sie an den amtlichen Verwahrungsort gebracht worden, noch amtlich zugänglich sein kann, so schließt eins das andere nicht aus, weshalb einerseits betreffs derselben Urk. beide Alternativen zugleich festgestellt werden können (**RG.** IV 2. Juli 89 **G. 37** 296), andererseits aber bei der gesetzlichen Gleichstellung beider Fälle auch eine alternative Feststellung (§ 47 N. 29) zulässig erscheint (Berlin 20. Okt. 75 **O. 16** 667). Von **RG.** I 15. März 83 **E. 8** 196 wurden mit Recht in Rücksicht auf die Bestimmungen des PostG. v. 28. Okt. 1871 beide Alternativen verneint btr. der in einem verschlossenen, der Post anvertrauten, Briefe enthaltenen Urk. bezüglich des Postbeamten, der die Sendung zur dienstl. Bestellung übernommen hatte; anders lag dagegen der einen Ratsdiener btr. Fall in dem zu b zit. **RG. E. 29** 238 sowie der einen Gerichtsschreiber btr. Fall in **RG.** IV 11. Juli 99 **E. 32** 265 (auch die in einem verschlossenen Umschlage befindlich gewesene Urk. — i. c. ein Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls bzw. ein Erinnerungsschreiben — sei ihm eventl. zugänglich gewesen, da es für § 348_2 an einem Grunde mangele, den Umschlag u. die in demselben eingeschlossene Urk. rechtl. verschieden zu behandeln).

15) Die Hdlg. selbst besteht entweder im „Vernichten, Beiseiteschaffen, Beschädigen" (denen sowenig, wie im § 133_1 — vgl. das das. N. 5 zit. **RG. E. 10** 189 — die bloße Verheimlichung zur Seite gestellt ist) oder im „Verfälschen" (§ 267 N. 25 ff.). Während im übrigen N. 4, 5 zum § 133 zu vergleichen sind, ist hier noch im besonderen zu bemerken:

a) „Beiseiteschaffen" (wg. des Unterschiedes von „Unterdrücken" s. § 274 N. 6) bezeichnet nur eine solche Verfügung über die Urk., die gegen die durch die amtl. Verwahrung gewährte Gebrauchsbereitschaft sich richtet mit dem Willen, diese aufzuheben o. zu beeinträchtigen; anderenfalls handelt es sich um einen bloßen Verstoß gegen die Disziplin; **RG.** IV 29. Apr. 92 **E. 23** 99. Wg. Fälle aus der Praxis des **RG.**, in denen jenes Merkmal verneint wurde, vgl.: IV 16. Feb., 18. Sept. 94, **E. 25** 127, **26** 72 (Einfügung

eingegangener amtl. Schriftstücke seitens eines Gerichtsschreibers bei den richtigen Akten ohne Vorlegung an den mit Bearbeitung der Sache befaßten Richter; Entfernung einzelner, für sich allein der Beweislast entbehrender, Teile aus einem gerichtl. Protokolle).

b) „Beschädigen". Entsprechend dem zu a Bemerkten liegt dieses Merkmal nur vor, wenn die Urk. substantiell so geändert ist, daß die Erfüllung ihres Zweckes, als Beweismittel zu dienen, aufgehoben o. beeinträchtigt ist; vgl. RG. IV 18. Sept. 94 E. 26 72.

c) „Verfälschen"; wg. Fälle aus der Praxis des RG. vgl.: IV 29. Okt. 89 E. 37 364 (btr. der durch einen Standesbeamten ohne Wissen und Willen des Unterzeichners vorgenommenen Veränderung der Unterschrift des einen Geburtsfall Anzeigenden), 4. Okt. 92 E. 23 236 (btr. Abänderung einer Eintragung im Kostenregister der PrGerichtskasse seitens des registerführenden Beamten selbst), I 18. Nov. 92 E. 23 321 (btr. nachträgliche Abänderung der über die Zustllg. durch die Post aufgenommenen Urk. seitens des Gerichtsvollziehers dahin, daß die Zustllg. an den Schuldner auch in s. Eigenschaft als Vormund seiner Kinder erfolgt sei), sowie wg. eines Falles sog. mittelbarer Täterschaft (T. I Abschn. 3 N. 5_4) IV 14. Jan. 96 E. 28 109. Unrichtig erscheint die Ansicht, daß „falsche Einträge" (N. 7) eine „Verfälschung" darstellen u. deshalb nach Abs. 2 strafbar sein können; so jedoch RG. III 10. Apr. 05 E. 38 46, (dagegen aO. 51 ORA. unter Hinweis auf das Verhältnis der Abss. 1 u. 2 zueinander, ferner auf die Ausführungen des zit. E. 23 236 sowie die Tatsache, daß nach der PrGeschäftsO. f. d. Gerichtsschreibereien der Amtsger. v. 26. Nov. 99 § 9_3 die Register z. Z. der Vornahme der inhaltlich unrichtigen Einträge für die amtl. Tätigkeit des Angekl. noch nicht abgeschlossen waren).

16) In subjektiver Hinsicht wird die Vorsätzlichkeit der Hdlg. ausdrücklich erfordert, weshalb z. B. beim Beiseiteschaffen das Bewußtsein notwendig ist, daß durch die Hdlg. die Gebrauchsbereitschaft der Urk. aufgehoben werde (so das N. 15a zit. RG. E. 23 99, insbs. 101), beim Beschädigen dagegen, daß durch die Tat die Beweiskraft der Urk. aufgehoben o. beeinträchtigt werde (so das N. 15b zit. RG. E. 26 72); übrigens kann beim Beiseiteschaffen der Vorsatz auch in dieser letzteren Richtung sich verwirklichen. Das auch im Falle des § 348_2 erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt namentl., wenn der Beamte irrtümlich annimmt, daß er vermöge öffentl. Rechts die Befugnis gehabt habe, die ihm amtlich übergebene ꝛc. Urk. zu vernichten ꝛc.; ein solcher Irrtum ist nach § 59 beachtlich; RG. II 29. Okt. 95 E. 27 401, Binding Lb. 2 302. Eine besondere Absicht wird nicht verlangt (vgl. §§ 133 N. 7, 274[1] N. 7a); RG. III 10. Mai 82 R. 4 470 (vgl. auch I 23. Jan. 02 E. 35 80, insbs. 81, unter Hinweis auf das zit. E. 26 72), Binding aO. N. 3, Merkel HH. 3 807 N. 4.

17) Das Verhältnis des Abs. 2 zu anderen §§. kommt namentl. in Betracht:

a) Zum § 133; die GM., insbs. RG. I 8. Nov. 80 E. 2 425, erachtet § 348 gegenüber dem § 133 als das speziellere Gesetz, folglich Idealkonk. für ausgeschlossen (§ 73 N. 12); dem ist zuzustimmen, nicht nur soweit der einfache Tatbestand des § 133_1 in Betracht kommt (aM. Seeliger Bruch d. amtl. Gewahrsams S. 92), sondern im Hinblick auf § 349 auch für den Fall des § 133_2; so Frank N. II 4, während Binding Lb. 2 605 annimmt, daß „allerdings der Mindestbetrag von 3 Mt. Gef. von § 133_2 auf § 348_2 per analogiam zu übertragen sei" (!); aM. btr. § 133_2 die früheren Aufl. des Komm.

b) Zum § 267; soweit es um ein „Verfälschen" sich handelt, ist Idealkonk. möglich; denn abgesehen davon, daß für § 348_2 auch eine nicht beweiserhebliche Privaturk. als Objekt in Betracht kommen kann (N. 13), erfordert auf der einen Seite § 267 ein „Gebrauchmachen", auf der anderen § 348_2 als Subjekt einen „Beamten", als Objekt „eine amtlich anvertraute o. zugängliche Urkunde".

c) Zum § 274[1]; soweit es um ein „Vernichten, Beschädigen" oder um ein „Beiseiteschaffen" bzw. „Unterdrücken" sich handelt, kann Idealkonk. stattfinden; denn § 348_2 erfordert als Objekt nicht notwendig eine für den Beamten mindestens teilweise „fremde" Urk.; dabei ist die Strafe aus § 274[1] als dem härteren Gesetze zu bestimmen (§ 73 N. 29 I b a 1); so Frank § 274 N. III; aM. Meves HH. 3 956, § 274[1] werde durch § 348_2 ausgeschlossen, während Binding Lb. 2 302 offenbar einen Fall der sog. Alternativität (§ 73 N. 15)

annimmt, bei dem stets nach dem härteren Gesetze, das nicht immer § 274 sei, zu bestrafen sei; vgl. auch Ötker GS. **64** 172.

d) Zu den §§ 350, 351; vgl. § 350 N. 6d u. § 351 N. 10.

e) Zu § 354; vgl. das. N. 8b.

18) Aus den Ausführungen in N. 17 ergibt sich, daß das Verg. aus § 348$_2$ ein eigentliches Amtsdel. ist (Abschn. 28 N. 1), soweit es um ein „Verfälschen" sich handelt, dagegen ein „uneigentliches" (Abschn. 28 N. 2), soweit eine der anderen Hdlgen in Frage kommt, da die amtliche Eigenschaft des Täters (§ 50 N. 4 I e) und die amtliche Beziehung zur Urk. nur einen straferhöh. Umstand i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet somit dem § 348$_2$ insoweit nur die allgemeine Norm des § 133 zugrunde liegt.

Teilnahme; Strafe, Verjährung, Zuständigkeit. N. 19, 20.

19) Wegen Teilnahme greifen die allg. Grundsätze des T. I Abschn. 3 Platz. Wg. eines Falles angeblicher Mittätersch. (§ 47) vgl. **RG.** I 5. Jan. 94 **E. 25** 69. Das Gesagte gilt insbs. auch von der Anstiftung bzw. Beihilfe (§§ 48, 49) des eine Erklärung Abgebenden zu dem Verg. aus § 348$_1$, in welchem Falle der die Unkenntnis des Beamten von der Unrichtigkeit des zu Beurkundenden voraussetzende § 271 (das. N. 3) keine Anwendung finden kann; so: **RG.** III 19. Okt. 85 **E. 13** 52, Oppenh.-D. N. 20, Rüd.-St. N. 14; aM. Binding Lb. **2** 290 N. 4.

Wegen eines praktischen Falles der Beih. zum V. aus § 348$_1$ vgl. **RG.** I 3. Dez. 85 **E. 13** 161.

20) Die Strafe ist im Falle des Abs. 1 u. 2 (wegen „Dieselbe Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21$_2$) Gefängnis von 1 Mt.—5 J. (§ 16).

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. §§ 73^1, 27.

§. 349.

Wird eine der im §. 348 bezeichneten Handlungen in der Absicht begangen, sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich auf Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu dreitausend Mark zu erkennen.

PrStGB. § 323. Entw. I § 327, II § 345.

1) Die Delikte aus § 348 gestalten sich durch Hinzutritt eines i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst., wegen dessen § 268 N. 1 ff. (insbs. die in N. 2$_3$ zitt. **RG. E. 18** 145, **R. 9** 713) zu vergleichen, zu Verbrechen. Daß ein rechtswidriger Vermögensvorteil nicht erforderlich sei, nimmt auch Meves HH. **3** 956, 994 an.

2) Wg. des Verhältnisses zum § 354 vgl. das. N. 8b.

3) Ein Versuch (§ 43) der Verbr. aus § 349 ist denkbar.

4) Die Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14$_2$) und damit verbunden Geldstr. von 150—3000 M. (vgl. § 27 N. 1), die nach § 28$_3$ für den Fall der Unbeibringlichkeit in Zuchthaus umzuwandeln ist. Als Nebenstr. ist nach § 32 **VbER.** zulässig.

Der Versuch (N. 2) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen; auf Geldstr. muß erkannt werden, wobei nach § 44$_4$ Ermäßigung bis auf ein Vierteil von 150 M. eintreten kann.

5) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_1$ in zehn Jahren.

Zuständig ist **SchwG.**; GVG. §§ 80, 73$^{2-7}$, 136^1.

§. 350.

Ein Beamter, welcher Gelder oder andere Sachen, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat, unterschlägt, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 324. Entw. I § 328, II § 346.

1) Das Verg. aus § 350 ist ein uneigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 2).

Subjekt des Deliktes muß ein Beamter (§ 359), andererseits kann es ein jeder Beamte sein, so daß es zugleich ein Beamten-Delikt ist, das zu den allgemeinen Amtsdel. gehört (Abschn. 28 N. 3a, 4a); Hälschner 2 1056.

2) Durch das Wort „unterschlägt" wird auf den Tatbestand des gemeinen Verg. der Unterschl. aus § 246 verwiesen, dessen sämtliche Erfordernisse auch im Falle des § 350 vorliegen und festgestellt werden müssen; RG. I 30. Sept. 80 E. 2 279; trotzdem hat RG. III 9. Apr. 88 E. 17 293 angenommen, daß es bei einer auf Amtsunterschl. gerichteten Anklage der Hinweisung gemäß StPO. § 264 bedürfe, um eine Verurteilung wegen einf. Unterschl. zu ermöglichen. Den straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 gegenüber dem gemeinen Delikte bildet die Beamteneigenschaft des Subjektes (N. 1 sowie § 50 N. 4 I e), und zwar zur Zeit der Unterschl. selbst (Abschn. 28 N. 5), in Verbindung mit der amtlichen Beziehung zu dem Objekte (N. 3); Berlin 9. Mai 79 O. 20 256.

3) „In amtlicher Eigenschaft" muß der Beamte die den Gegenstand der Unterschl. bildende Sache „empfangen oder in Gewahrsam haben".

Jener Begriff ist mit dem der „amtlichen Zuständigkeit" nicht gleichbedeutend, geht vielmehr über ihn hinaus, indem er dann erfüllt ist, wenn ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang zwischen seiner dienstl. Obliegenheit und der Empfangnahme der Gelder besteht; RG. I 27. Nov. 93 G. 41 410. Dementsprechend bejaht die Praxis in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung (so insbs. Binding Lb. I 280 u. Frank N. I 2; vgl. jedoch andererseits: Hälschner 2 1057, H. Meyer S. 680, Rubo N. 2) die „Empfangnahme ꝛc. in amtlicher Eigenschaft" bei Annahme von Geldern seitens eines nicht zur Empfangnahme zuständigen Beamten, sei es, daß der Beamte selbst darüber im Irrtum war (Berlin 12. März 75 St. 5 172) oder nicht, sei es, daß ihm solche in formell oder materiell unzulässiger Weise übertragen war, sei es, daß sie ihm in keiner Weise zustand bzw. sogar verboten war, wenn die Hingabe in der Meinung der Berechtigung des Beamten erfolgte. So: RG. I 19. Jan. 80, III 17. Dez. 79, 14. Apr. 80, E. 1 153, 124, R. 1 591 (letzteres btr. eines nicht nach den Bestimmungen der Geschäftsordnung bestellten Vertreters), Berlin 4. Apr 72, 1. Mai, 20. Feb., 3. Juni, 10. Dez. 74, St. 1 238, O. 15 270, 109, 357, 852 (die ersteren beiden btr. Empfangnahme kraft Auftrages des Vorgesetzten, auch wenn jener nicht innerhalb der gesetzlich zugewiesenen Amtsfunktion lag, die letzteren btr. der Empfangnahme seitens eines Exekutors, dem solche nicht zustand bzw. ausdrücklich untersagt war).

Andererseits aber erfordert „eine Empfangnahme ꝛc. in amtlicher Eigenschaft" immer eine „Amtshandlung", eine „Amtsausübung", und es genügt nicht, wenn die Zahlung an den Beamten lediglich „bei Gelegenheit einer Amtshandlung" oder „aus Veranlassung der Ausübung seines Amtes" oder mit Bezug auf seine amtliche Stellung erfolgte, wie z. B. wenn er wegen derselben als besonders zuverlässiger Vermittler angesehen wurde; so: RG. I 3. Juni 80, 7. Juli 90, II 6. Mai 81, E. 2 84, 21 51, 4 153, v. Liszt S. 582, H. Meyer aO.; aM. Berlin 28. März 79 O. 20 169.

Dementsprechend ist jenes Tatbestandsmoment in der Praxis des RG.

I. angenommen: bei Zahlung eines Geldbetrages an einen Landbriefträger, um eine Postanweisung über den Betrag auszufertigen und diesen mit ihr der Postanstalt zu übergeben, weil Landbriefträger nach ihrer Instruktion zur Annahme von im Wege der Postanweisung zu übermittelnden Geldbeträgen verpflichtet seien (wenn auch nur unter Überlieferung eines ausgefüllten Anweisungsformulars); II 4. Apr. 84 R. 6 271; bei Zahlung von Postanweisungsbeträgen seitens der vorgesetzten Behörde an einen Bayer. Postbeamten behufs Übermittelung an die Adressaten; I 22. Dez. 87 E. 16 437; bei Empfangnahme von Geld für den Gläubiger seitens des von diesem mit Zustellung eines Zahlungsbefehls beauftragten Gerichtsvollziehers; I 10. Jan. 89 E. 18 341 (btr. § 352); bei Annahme von Geld auf Grund dienstl. Auftrages des Vorgesetzten; zit. G. 41 410.

II. verneint: bei Steuern, die ein im fiskal. Gutsbezirke im Auftrage der vorgesetzten Regierung die Geschäfte eines Steuererhebers ohne vorschriftsmäßige Bestellung als solcher besorgender KglPrOberförster erhoben, weil er solches nicht als „Förster", d. h. also

in der einzigen ihm zustehenden Amtseigenschaft getan hatte; II 19. Mai 82 E. **6** 305; bei Holz, welches ein KglPrFörster (nicht Oberförster) aus dem ihm unterstellten Reviere genommen hatte; II 24. Sept. 86 E. **14** 305.

4) Was im übrigen die den Gegenstand der Amtsunterschlagung bildenden „Sachen" betrifft, so erfordert § 348 keine anderen Eigenschaften als § 246 (das. N. 2 ff. bzw. § 242 N. 3 ff.). Namentl. brauchen die Sachen keine amtlichen zu sein, vielmehr kommen beliebige Sachen Privater unter der in N. 3 bezeichneten Voraussetzung gleichfalls in Betracht; Hälschner 2 1057, Merkel HRgutachten S. 51. Die Sachen brauchen ferner keinen Geldwert zu haben (§ 242 N. 12); so auch Merkel u. v. Holtzendorff aO. S. 55 ff., 116, obgleich beide die Handlung als Eingriff in fremde Vermögensrechte charakterisieren.

5) „Gelder" sind unter den „Sachen" besonders hervorgehoben. Die Voranstellung der „Gelder" ist nicht bloß mit Rücksicht auf ihre praktische Wichtigkeit, sondern auch deshalb erfolgt, weil dadurch angedeutet werden sollte, daß die Vertretbarkeit des Geldes (vgl. § 246 N. 14) durch die Natur des Beamtenverhältnisses bezüglich der in amtlicher Eigenschaft empfangenen Gelder regelmäßig ausgeschlossen sei (Goltd. Mat. **2** 690 ff.); so die GM., insbs. **RG**. III 20. Okt. 80 E. **3** 10, I 27. Nov. 93 G. **41** 410. Das **RG**. geht aber in II 19. März, III 10. Dez. 81, E. **4** 24, **5** 304 zu weit, wenn es selbst die bloße Umwechselung von amtlich vereinnahmten Geldern gegen andere unter § 350 fallend erachtet, falls nicht dem Beamten ein solches Verfahren bezüglich seiner Kassengelder durch die Dienstvorschriften ausdrücklich erlaubt sei; mag auch anderenfalls eine disziplinare Bestrafung gerechtfertigt sein, so erfordert doch die kriminelle stets das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, das in einem solchen Falle leicht ausgeschlossen sein kann; vgl.: Binding Lb. **1** 280, Hälschner 2 1057, Frank N. II, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 9, Keßler GS. **41** 189. Daß der an die Spitze gestellte Grundsatz nur für die Regel gilt, somit die Möglichkeit einer Ausnahme gegeben sei, erkennt **RG**. I 17. März 98 G. **46** 52 ausdrücklich an (namentl. für Fälle der Besorgung gemeindlicher Angelegenheiten durch Gemeindeglieder, wo das persönl. Vertrauen eine besondere Rolle spiele). Wg. des Dolus bei der Vermischung amtl. Gelder mit eigenen vgl. **RG**. IV 8. Feb. 95 E. **26** 437.

6a) Zuwiderhandlungen gegen § 246 u. gegen § 350 können wg. Verschiedenheit des Rechtsgutes nicht eine fortgesetzte Straftat bilden; so das § 73 N. 10 IIa zit. **RG**. G. **46** 48.

b) Mit Betrug (§ 263) kann Idealkonk. (§ 73) nicht stattfinden; denn die zum Tatbestande des § 350 gehörende Unterschl. (N. 2) erfordert, daß der Täter die fremde Sache in Besitz o. Gewahrsam hat, also die Zueignung der Erlangung des letzteren folgen muß (§ 246 N. 8a), weshalb in dem betrügerischen Verhalten, durch das der Täter den Gewahrsam der überhobenen Gelder erlangt, der zur Unterschl. erforderliche Zueignungsakt nicht gefunden werden kann; **RG**. II 25. (richtig 29.) Jan. 92 E. **22** 306. Im übrigen vgl. § 263 N. 56e II.

c) Dagegen ist Idealkonk. wohl möglich mit $§ 266_2$; das. N. 16aß.

d) Mit dem Verg. aus $§ 348_2$, soweit es eine amtlich anvertraute Urk. betrifft, kann Idealkonk. deshalb nicht stattfinden, weil nach verübter Unterschl. alle ferner mit der Urk. vorgenommenen Hdlgen strafrechtlich nicht weiter in Betracht kommen, da sie nur Äußerungen der bewirkten „Zueignung" sind; so Merkel HRgutachten S. 78 ff.; aM. Frank N. III.

e) Wegen des Verhältnisses zum § 353 vgl. das. N. 6c, zum $§ 370^5$ das. N. a, sowie **RG**. I 10. Feb. 02 E. **35** 115 btr. Anwendbarkeit des § 350 auf den Fall der Entnahme von Nahrungsmitteln aus den ihm anvertrauten Frachtgütern z. alsb. Verbrauch seitens des Packmeisters einer Eisenbahn.

7) Die Amtsunterschlagung ist niemals Antragsdelikt (vgl. $§ 247_1$).

8) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16), neben dem nach dem Schlußs. des Abs. 1 i. V. mit § 32 VbEN. erkannt werden kann. Der Versuch (Abs. 2) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach $§ 67_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist **Strafk.**; GVG. $§§ 73^1$, 27.

§. 351.

Hat der Beamte in Beziehung auf die Unterschlagung die zur Eintragung oder Kontrole der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Rechnungen, Register oder Bücher unrichtig geführt, verfälscht oder unterdrückt, oder unrichtige Abschlüsse oder Auszüge aus diesen Rechnungen, Registern oder Büchern, oder unrichtige Beläge zu denselben vorgelegt, oder ist in Beziehung auf die Unterschlagung auf Fässern, Beuteln oder Packeten der Geldinhalt fälschlich bezeichnet, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

PrStGB. § 323. Entw. I § 329, II § 347. Aktenst. Nr. 105.

1) Durch Hinzutritt des einen oder anderen der im § 351 bezeichneten, i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 straferhöh. Umst. gestaltet das Delikt aus § 350 sich zum Verbrechen; RG. IV 13. März 85 R. 7 174. Dieses schließt als spezielleres Delikt das einfache aus § 350 aus (§ 73 N. 12 a); so die GM., insbs. RG. I 30. Sept. 80 E. 2 279.

2) Trotz des in N. 1 gekennzeichneten Verhältnisses der §§ 350 u. 351 zueinander ist doch das Verbr. aus § 351 ein eigentliches Amtsdel. (Abschn. 28 N. 1); denn soweit es um den straferhöh. Umst. sich handelt, kommt die Zuwiderhandlung einer besonderen, für Beamte gegebenen Norm in Betracht.

Subjekt des Verbr. muß ein Beamter (§ 359) sein, so daß das Verbr. zu den Beamten-Delikten (Abschn. 28 N. 3 a) gehört. Das Verbr. gehört aber ferner zu den besonderen Amtsdel. (Abschn. 28 N. 4 b); denn nur ein solcher Beamter kann Subjekt sein, der amtliche Gelder zu erheben und abzuführen sowie darüber Listen zu führen hat; so: RG. II 15. Feb. 94 E. 10 123 (btr. eines Landbriefträgers), Binding Lb. 1 281, Hälschner 2 1058, Meves HH. 3 997, Frank N. III, während früher in der Praxis überwiegend weitergehend angenommen wurde, daß der Täter eine Verwaltung zu führen haben müsse, wenn er auch nicht notwendig Kassenbeamter zu sein brauche.

3) Wenn auch ein Beamter Subjekt des Verbr. sein muß (N. 2), so ist damit nicht das Erfordernis aufgestellt, daß er persönlich die den straferh. Umst. ausmachenden Hdlgen vorgenommen haben müsse; die passive Wendung in dem einen der Fälle (N. 7) deutet an, daß darauf kein Gewicht gelegt wird; Meves HH. 3 997, Schütze S. 533 N. 4, Oppenh.-O. N. 3, 25, Rüd.-St. N. 5. Mit Oppenh.-O. N. 3 ist übrigens gegen Schütze anzunehmen, daß der Umstand, ob der Dritte guten Glaubens sei oder nicht, unerheblich ist, sobald nur der Beamte selbst die Unterschl. begeht.

4) Die einzelnen in Betracht kommenden Hdlgen (N. 5—7) müssen „in Beziehung auf die Unterschlagung" vorgenommen sein. Das trifft jedenfalls zu, wenn die — vorangehenden, gleichzeitigen oder nachfolgenden — Hdlgen die Unterschl. „vorbereiten, erleichtern, vollenden oder verdecken" sollen; so die GM. Jene Ausdrucksweise ist aber umfassender und das Erfordernis liegt vor, sobald die Hdlg. in irgendwelchem beabsichtigten Zusammenhange zur Unterschl. steht; so: Dresden 15. Jan. 72 SächsGZ. 16 214 (von dem Falle, wenn der Täter die Hdlg. vornimmt, um seine Verantwortlichkeit wegen der Unterschl. zu erleichtern), Hälschner 2 1059, Meves HH. 3 997, Rubo N. 3, v. Schwarze N. 4.

5) „Unrichtige Führung, Verfälschung oder Unterdrückung der zur Eintragung oder Kontrolle der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Rechnungen, Register oder Bücher". Diese „Rechnungen rc." sind keine „öffentlichen Register" i. S. des § 348 (s. jedoch u. N. 10); denn § 351 hat diejenigen Urk. im Auge, die nur des inneren Dienstes der Behörde wegen zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Kontrolle geführt werden; vgl. das § 348 N. 4 zit. RG. E. 1 42; so auch: Binding Lb. 1 280, Frank N. II. Ausschließlich die zur Eintragung rc. der Einnahmen rc. „bestimmten" Rechnungen rc. kommen in Betracht, d. h. also die gesetzlich oder instruktionell vorgeschriebenen, nicht die zur Privatkontrolle geführten; Meves HH. 3 995. „Einnahmen und Aus-

gaben" sind nicht bloß solche von Geld und deshalb in dem weiteren S. von „Empfang und Wiederablieferung" zu verstehen; Dresden 20. Apr. 73 St. 5 174, Oppenh.-D. N. 5. Das „unrichtig führen" kann namentl. auch durch Unterlassung einer gebotenen Eintragung geschehen (vgl. § 348 N. 7); so die GM., insbs. RMG. 4. Sept. 02 E. 3 204. Wegen „verfälschen" vgl. § 267 N. 25 ff., wegen „unterdrücken" § 274 N. 6. Die Nichtführung eines vorgeschriebenen Registers stellt weder eine „unrichtige Führung" noch eine „Unterdrückung" dar; Hälschner aO., Oppenh.-D. N. 21, Rüd.-St. N. 2.

6) „Vorlegung unrichtiger Abschlüsse oder Auszüge aus den Rechnungen, Registern oder Büchern (N. 5) oder unrichtiger Beläge zu denselben."

Unter „Auszügen" sind nur solche Schriftstücke zu verstehen, die in der abgekürzten Wiedergabe der btr. Rechnung bestehen und demnach auch ihrer äußeren Form nach als eine kürzer zusammengezogene Rechnung bzw. als ein Teil der zur Vorlage dienenden Rechnung sich darstellen; Dresden 12. Feb. 75 St. 6 51 (jene Eigenschaft verneinend btr. des auf eine sog. Vorschuß-Postanweisung gesetzten Postvermerkes), Oppenh.-D. N. 22.

Unter „Belägen" sind sowohl eigene Aufzeichnungen des Beamten wie solche Dritter (Liquidationen, Quittungen zc.) zu verstehen; Meves HH. 3 996. „Unrichtig" ist ein Belag nur dann, wenn er inhaltlich etwas anderes besagt, als der Aussteller bzw. angebliche Aussteller in ihm zum Ausdruck gebracht hat, während ein materiell unrichtiger Inhalt, z. B. eine echte Quittung über eine nicht geleistete Zahlung, nicht hinreicht; Hälschner 2 1060, Oppenh.-D. N. 24.

7) „Fälschliche Bezeichnung des Geldinhalts auf Fässern, Beuteln oder Packeten." Das Wort „Geldinhalt" ist streng zu verstehen; Hälschner 2 1060, Meves HH. 3 996. Wegen „ist . . . bezeichnet" s. N. 3; übrigens kann die „fälschliche Bezeichnung" auch durch eine Unterlssg. begangen werden, dann nämlich, wenn jene nach Herausnahme von Geld aus einem richtig bezeichneten Beutel beibehalten wird; Hälschner aO., Oppenh.-D. N. 26, Rüd.-St. N. 3.

8) Alle straferhöh. Hdlgen (N. 5—7) müssen sich beziehen auf Rechnungen zc., die der Täter selbst aufzustellen zc. hat; so: Mannheim 28. Nov. 74 (btr. ein sog. Postabrechnungsbuch, dessen „Führung" dem expedierenden Beamten obliege, wenn auch der Ortsbriefträger einige Rubriken auszufüllen habe), Dresden 20. Apr. 74, 12. Feb. 75, St. 5 169, 173, 6 51, Meves HH. 3 995 f. Ebenso muß die fälschliche Bezeichnung an Fässern zc. stattfinden, die der Beamte selbst in Verwahrung hat; Meves aO.

9) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. ist denkbar; geht die straferhöh. Hdlg. vorher, so muß die Unterschl., geht diese vorher, so muß jene versucht sein (Rubo N. 6); denkbar ist aber auch, daß strafb. Versuch vorliegt, wenn weder die Unterschl. noch die straferhöh. Hdlg. zur Vollendung gekommen (N. 4). Abweichend nimmt Binding Lb. 1 281 Vollendung an, wenn zwar die Unterschl. Versuch blieb, dagegen die straferhöh. Hdlg. zur Vollendung gedieh.

10) Die wiederholte Verfälschung zc. zur Verdeckung lediglich einer Unterschl. bildet nur ein, fortgesetztes, Verbr.; so die GM.

Die von Meves HH. 3 995, Oppenh.-D. N. 8 u. Rüd.-St. N. 7 angenommene Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73) mit § 348 entfällt tatsächlich, da die hier in Betracht kommenden Register zc. die Eigenschaft öffentl. Urk. nicht haben (N. 5); Frank N. 11; vgl. auch Schütze S. 533 N. 4.

Wird dagegen zur Vorbereitung oder Verdeckung einer Amtsunterschl., außer der Verfälschung eines Registers i. S. des § 351, auch noch eine Urkflschg. vorgenommen, so liegt Realkonk. (§ 74) mit letzterer vor; Meves HH. 3 996, Rüd.-St. N. 7.

11) Die ordentliche Hauptstrafe des vollendeten Verbr. ist Zuchthaus von 1—10 J. (§ 14_2), die für den Fall mild. Umst. (T. I Abschn. I N. 13 a ff.) zugelassene Hauptstr. Gefängnis von 6 Mt.—5 J. (§ 16). Als Nebenstr. kann sowohl neben Zuchth. wie neben Gef. nach § 32 BdER. erkannt werden.

Der Versuch (N. 9) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4), 45 strafbar.

12) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_1 in zehn Jahren. Nach Abs. 4 das.

beginnt die Verjährung, wenn der Zueignungsakt vorher geht, erst mit der strafertöt. Hdlg.; RG. I 11. Mai 82 E. 6 294, Geyer 2 198, v. Liszt S. 582, Frank N. IV.

Zuständig ist SchwG.; GVG. §§ 80, 73[2-7], 136[1].

§. 352.

Ein Beamter, Advokat, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vortheile zu erheben hat, wird, wenn er Gebühren oder Vergütungen erhebt, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

PrStGB. § 326. Entw. I § 330, II § 348.
Vgl. § 358.

1) Das Verg. aus § 352, sog. übermäßiges Sportulieren, ist ein eigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 1), wenn es auch von einer anderen Person als einem Beamten (§ 359) begangen werden kann und somit nicht zugleich notwendig ein Beamtendelikt ist (Abschn. 28 N. 3b). Es gehört endlich zu den sog. besonderen Amtsdel., weil nur die Verwalter bestimmter Ämter es begehen können (Abschn. 28 N. 4b); Hälschner 2 1066.

Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte ist hervorzuheben, daß § 352 (nach den Motiven) materiell lediglich den § 326 PrStGB. wiedergeben wollte und nur mit Rücksicht auf die Definition des § 359 neben den „Beamten" noch der „Advokaten ꝛc." gedacht. Das PrStGB. § 326 wiederholte die §§ 373—376 u. 413 des PrALR. II 20, überließ aber die Fälle der bloß geflissentlichen Anhäufung unnötiger Kosten sowie der übermäßigen Erhebung zum Vorteil der Kasse (nicht des Empfängers) lediglich der disziplinarischen Ahndung.

2) Subjekt ist „ein Beamter, Advokat, Anwalt o. sonstiger Rechtsbeistand, welcher Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vorteile zu erheben hat".

a) Zu solchen „Beamten" (§ 359) rechnen u. a. die Notare, die Gerichtsvollzieher und die Fleischbeschauer. Wegen „Advokaten" u. „Anwalte" vgl. § 300 N. 5 Ia, b. Unter den „sonstigen Rechtsbeiständen" sind staatlich bestellte zu verstehen, was daraus folgt, daß sie zu „amtlichen Verrichtungen" (c) berufen sein müssen; Binding Lb. 2 580, Geyer 2 198, Hälschner 2 1066, Meves HH. 3 1000, Oppenh.-D. N. 1a, Rüd.-St. N. 2. Personen, denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch die Justizverwaltung gestattet ist (ZPO. § 157 Abs. 4), fallen nicht darunter; denn sie nehmen trotz der „Gestattung" keine amtlichen Verrichtungen vor; Binding aO.

bα) „Vergütung" ist der allgemeinere Ausdruck (vgl. „andere Vergütungen"), und bezeichnet demgemäß hier an sich das Entgelt, das für „amtl. Verrichtungen" (d) zu gewähren ist, ohne Rücksicht, ob es gesetzlich bestimmt ist o. nicht; vgl. RechtsanwaltsGebührenO. § 92 (Regelung der den Rechtsanwalten zustehenden „Vergütung" durch Vorschriften der GebührenO. u. zugleich der Landesgesetze), auch § 93 (abweichende Festsetzung des Betrages der „Vergütung" durch Vertrag); aM.: Binding aO. 937, Frank N. II 2, die Vergütung unterscheide sich von der „Gebühr" (c) dadurch, daß sie nicht gesetzlich fixiert sei. Unter den Begriff der „Vergütungen" fällt nach Wortlaut u. Sinn der Gesetzesbestimmung auch die tarifmäßig bestimmte Vergütung mutmaßlicher Auslagen, bei der jedoch von der Behauptung und dem Nachweise der wirklich gemachten Auslagen abgesehen wird; so RG. I 4. März 89 E. 19 62 btr. der den Gerichtsvollziehern zu erstattenden „Schreibgebühren" u. „Reisekosten", obgleich sie nach der GebührenO. f. Gerichtsvollzieher (F. v. 20. Mai 98 § 13) als „Auslagen" den „Gebühren" gegenübergestellt sind (zustimmend Binding aO. 932 N. 3), während IV 21. Feb. 88 E. 17 169 (vgl. dazu Binding aO. 938 N. 2) dieses unentschieden ließ. Dagegen fallen unter den Begriff der „Vergütungen" nicht

die „Portoauslagen“ (wenn auch das Porto eine an die Post zu entrichtende Gebühr ist), weil es hier um den Ersatz einer wirklich gemachten und nachzuweisenden Auslage sich handelt, so daß bei falschen Vorspiegelungen btr. ihrer Betrag (§ 263) in Frage stehen würde; so das zit. **RG.** E. **17** 169, während hier wiederum das zit. E. **19** 62 zweifelhaft ist (vgl. übrigens § 353 N. 2a Abs. 2, für welchen die Frage anders liegt).

β) Besonders hervorgehoben werden die in Geld bestehenden „Gebühren“; Meves HH. **3** 998; abweichend in der Begriffsbestimmung: Binding aO. 937, Frank N. II 1. Sie sind übrigens mit den „Gebühren“ i. S. des § 353 (das. N. 2a) nicht gleichbedeutend, da sie des Charakters der „Abgabe“ entbehren, wenn schon die Regelung der Gebührenansprüche durch im voraus mittels Gesetz o. Verwaltungsvorschrift festgesetzten Tarif notwendig ist; **RG.** II 7. Dez. 80 E. **3** 87, zit. E. **17** 169, Hälschner **2** 1067. Handelt es sich um einen durch Verwaltungsvorschrift festgesetzten Tarif, so bildet die Zuständigkeit der btr. Verwaltungsbehörde dafür die Voraussetzung; vgl. **RG.** I 13. Juli 93 E. **24** 234 btr. Zustdgkt. eines ElsLothr. Bezirkspräsidenten zur Bestimmung der Gebühr für dienstl. Verrichtungen eines beamteten Tierarztes bei Viehseuchen.

c) Die Vergütungen müssen das Entgelt für „amtliche Verrichtungen“ bilden, also für Hdlgen, die ein Teil des Inhaltes des vom Täter verwalteten öffentl. Amtes sind; die für außerhalb des öffentl. Amtes liegende, wenn auch bei Gelegenheit der Amtsausübung vorgenommene Verrichtungen o. für nicht im Tarife vorgesehene Hdlgen gegebenen Vergütungen scheiden somit aus; Meves HH. **3** 998 ff. Wegen Fälle, in denen in der Praxis des **RG.** bejaht wurde, daß die Vergütungen für „amtl. Verrichtungen“ erhoben worden seien, vgl. das § 350 N. 3 I zit. E. **18** 341 sowie I 4. März 89 E. **19** 62, beide btr. bayer. bzw. hess. Gerichtsvollzieher.

d) Der Beamte ꝛc. muß die Vergütungen „zu seinem Vorteile“ (§ 154 N. 11b) „zu erheben haben“; die Fassung dieser letzteren Worte deutet darauf hin, daß dem Betreffenden kraft eigenen Rechtes ein Forderungsrecht zustehen und daher die Gebührenerhebung unmittelbar u. prinzipiell (nicht bloß infolge zufälliger Umstände) zu seinem Vorteil geschehen muß; so **RG.** III 26. Nov. 88 E. **19** 30, das deshalb die Anwendbarkeit des § 352 für den Fall verneint, wenn ein Rechtsanwalt (ohne daß der Ausnahmefall des § 124 ZPO. vorliegt) von dem zur Erstattung der Prozeßkosten verpflichteten Prozeßgegner seines Auftraggebers (auf Grund der Prozeßvollmacht gemäß ZPO. § 81) die Zahlung von Gebühren fordert, die (nach ZPO. § 91) nicht unter die Erstattungspflicht fallen; vgl. dagegen Binding aO. 937 N. 3. Wird etwa das für einen Dritten geltend gemachte Erstattungsrecht unter falschen Vorspiegelungen als ein eigenes geltend gemacht, so kann Betrug (§ 263) vorliegen.

3) Die äußere Hdlg. besteht in der „Erhebung“ (über deren Begriff vgl. **RG.** II 5. Okt. 86 E. **14** 364 u. Binding Lb. **2** 931) „von Vergütungen, welche der Zahlende überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet“. Dieses letztere Tatbestandsmerkmal ist ein objektives, von der Meinung des Beamten ꝛc. unabhängiges; so Berlin 21. Dez. 76 O. **17** 837, das deshalb den Tatbestand mit Recht in einem Falle verneinte, wo ein Notar in der Annahme, das Objekt sei „unschätzbar“, zu hoch berechnete, während das Objekt tatsächlich einen dem Gebührensatze entsprechenden schätzbaren Wert hatte. Gebührenüberhebung ist deshalb, namentl. auf Grund der Entstehungsgeschichte (N. 1_2), auch dann zu verneinen, wenn amtl. Verrichtungen an sich den geforderten Gebührenanspruch begründen, mag auch der Zahlungspflichtige seine Verbindlichkeit zum Teil durch den Nachweis beseitigen können, daß höhere Gebühren als notwendig durch ein schuldhaftes Anhäufen von Geschäften entstanden seien; so: **RG.** IV 8. Juli 84 E. **11** 40, Meves HH. **3** 1001, Rüd.-St. N. 6; aM.: Binding Lb. **2** 938, Oppenh.-D. N. 7.

Anders liegen dagegen die Fälle, wenn der Beamte zwar amtl. Verrichtungen vorgenommen hat, aber in einer Art und Weise, daß dadurch ein Gebührenanspruch „überhaupt nicht“ begründet wird, sowie wenn die Berufstätigkeit, für die berechnet wird, nicht gewährt werden durfte u. deshalb auch keine Gebühr geschuldet wird; zit. **RG.** E. **14** 364. Im übrigen wurde in der Praxis der Tatbestand der Gebührenüberhebung

bejaht: bei einem Gerichtsvollzieher, der für eine fortgesetzte Erledigung eines Pfändungsauftrages eine nochmalige Gebühr beanspruchte; RG. I 4. März 89 E. 19 62; bei einem Anwalte, der nach Befriedigung wegen aller Dienste u. Ansprüche durch Wechsel die Gebühren trotzdem von einer bei ihm hinterlegten Summe abzog; München 30. Juli 75 St. 6 53.

4) Der die Gebühren „zu seinem Vorteile" erhebende (o. wenigstens fordernde; N. 5) Täter muß die Richtschuld des Zahlenden (bzw. Aufgeforderten) „wissen"; er muß also bewußt rechtswidrig (Binding Lb. 2 938 u. Normen 2 496, Hälschner 2 1067) nicht verschuldete Vergütungen erheben; dagegen bedarf es nicht noch daneben der Absicht, durch die Überhebung mittels Täuschung des Zahlenden sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen und ist insofern eine „betrügerische" o. auf rechtswidrige Bereicherung gerichtete Absicht nicht erforderlich; RG. I 28. Apr. 81, 20. Sept. 97, III 15. Nov. 88, E. 4 227, 30 249, 18 219, Binding aO. Keineswegs schließt der Ausdruck „wissen", so wenig wie sonst „wissentlich", den eventuellen Dolus aus, der hier, wie regelmäßig, hinreicht (§ 59 N. 6); so: RG. IV 21. Dez. 86 R. 8 771, I 24. Nov. 87 E. 16 363, Oppenh.-D. N. 2; aM.: Binding aO. 933, Frank N. III. Wegen Fälle aus der Praxis, in denen der Dolus bejaht wurde, vgl. die zitt. RG. R. 8 771, E. 30 249 (letzteres unter Verwerfung der Berufung des Beamten darauf, daß ihm ein Anspruch auf Zahlung aus anderen Titeln zugestanden habe), wg. eines solchen, in dem er verneint wurde, Berlin 7. Okt. 73 O. 14 605 (btr. die Einforderung von Gebühren trotz noch nicht vorgenommener Amtshdlg. die als notwendig vorzunehmen war und deren Vornahme auch wirklich beabsichtigt wurde); vgl. ferner das N. 3_1 zit. RG. E. 11 40, das auch den subjektiven Tatbestand verneinte, weil das Bewußtsein davon, daß der Zahlende die entstandene Verpflichtung wieder zu beseitigen vermöge, dem „Wissen, daß er überhaupt nichts verschulde", nicht gleichgeachtet werden könne.

5) Aus dem gesamten Tatbestande folgt, daß § 352 keine Anwendung finden kann, wenn der Beamte ꝛc. etwas als Geschenk fordert; dann kommt vielmehr der Tatbestand der Bestechung (§§ 331 ff.) in Frage; Hälschner 2 1067, v. Liszt S. 583; vgl. aber Binding Lb. 2 938, es könne in dem Ansinnen eines Geschenks eine Gebührenforderung sich verbergen. Ebensowenig kann § 352 da Anwendung finden, wo etwas als Geschenk gegeben wird; RG. I 24. Juni 80 R. 2 108. Anders liegt es dagegen, wenn im Falle einer wissentlichen Forderung nicht-zustehender Vergütungen solche von der anderen Seite zwar geleistet wurden, jedoch weder im Glauben an eine bestehende Verpflichtung noch in Schenkungsabsicht, sondern lediglich, um den Fordernden zunächst zu befriedigen, obschon unter, wenn auch nur stillschweigendem, Vorbehalte der Rechte; so: Binding aO. 939 N. 1, Hälschner 2 1067, Frank N. II 4; aM. RG. zit. R. 2 108, I 25. Feb. 89 E. 19 29 (von Gebührenerhebung könne nur dann die Rede sein, wenn der Zahlende eine Pflicht zur Zahlung annehme, also über Existenz o. Höhe seiner Schuld im Irrtum sei; in der Freiwilligkeit o. Unfreiwilligkeit des Gewährens liege der Unterschied der Bestechung und der Gebührenüberhebung), Oppenh.-D. N. 2, v. Schwarze § 331 N. 2, Teichmüller Bestechung S. 17.

6) Der Versuch (§ 43) des Verg. ist im Abs. 2 für strafbar erklärt. Er kann gefunden werden in der erfolglosen Aufforderung zur Einzahlung nicht geschuldeter Gebühren; RG. IV 21. Dez. 86 R. 8 771. Im Sinne der subjektiven Versuchstheorie ist auch die Erhebung einer objektiv gerechtfertigten Gebühr in der Meinung, daß sie nicht oder nicht in dem Betrage zustehe (N. 3), Versuch.

7) Idealkonk. (§ 73) ist möglich mit Betrug aus § 263; so die N. 4 zitt. RG. E. 4 227, 18 219, Geyer 2 199, Hälschner 2 1067; jedoch nur dann, wenn neben der Gebührenforderung bzw. -Erhebung noch andere Täuschungsakte einhergehen, weil bei dem Verg. aus § 352 das bei der Gebührenüberhebung an sich fast ausnahmslos unterlaufende Täuschungsmoment außer Betracht bleibt; so namentl. das zit. RG. E. 18 219 u. Frank II 4; vgl. auch Binding Lb. 2 938, 939 insbs. N. 2.

Wegen des Verhältnisses zur Bestechung (§ 331) vgl. o. N. 5, zum § 353 das. N. 6a.

8) Die Hauptstrafe des vollendeten Verg. ist wahlweise Geldstr. von 3—300 M. (§ 27) o. Gefängnis von 1 T.—1. J. (§ 16); jene kann, als „an erster Stelle" angedroht,

gemäß § 28₂ (das. N. 6b) für den Fall der Unbeibringlichkeit auch in Haft umgewandelt werden. Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

Der Versuch (N. 4) ist nach § 44, insbs. Abs. 4, zu bestrafen (vgl. auch § 45 N. 1₂).

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27.

§. 353.

Ein Beamter, welcher Steuern, Gebühren oder andere Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben hat, wird, wenn er Abgaben, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, erhebt, und das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Theil nicht zur Kasse bringt, mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher bei amtlichen Ausgaben an Geld oder Naturalien dem Empfänger vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht und die Ausgaben als vollständig geleistet in Rechnung stellt.

PrStGB. § 327. Entw. I § 331, II § 349.

1) Die Vergehen aus § 353 sind eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt der Verg. kann nur ein Beamter (§ 359) sein, weshalb sie zugleich Beamten-Delikte sind (Abschn. 28 N. 3a); sie zählen endlich zu den sog. besonderen Amtsdelikten (das. N. 4b), weil nur ein Beamter bestimmter Art Täter sein kann (N. 2, 4).

2) Der Absatz 1 (N. 2, 3) erfordert als Subjekt einen Beamten, „welcher Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben hat".

a) „Abgaben" sind diejenigen wirtschaftlichen Leistungen, welche die Regierung als Teile des wirtschaftlichen Einkommens der einzelnen zwangsweise für Gesamtzwecke erhebt; Geffken, Schönbergs Handb. d. polit. Ökonomie 2 13; vgl. auch RG. II 7. Dez. 80 E. 3 87, Abgaben seien alle Prästationen an eine öffentliche Kasse, die in irgendwelcher Beziehung einen publizistischen Charakter an sich trügen, sei es, daß sie ihrem Entstehungsgrunde nach öffentlich-rechtlicher Natur, sei es, daß anderenfalls wenigstens die Höhe der Leistung nach publizistischen Grundsätzen sich bemesse. Die bloße Bezeichnung einer verlangten Zahlung seitens des Einziehungsbeamten als eine der Kasse zustehende „Abgabe" vermag der Forderung den Charakter einer Abgabenforderung nicht zu verleihen; so: RG. IV 11. Okt. 92 E. 23 263, Oppenh.-D. N. 2; aM. Binding Lb. 2 932 f., insbs. 933 N. 1. Die Abgaben (vgl. Binding aO. 931 f.) sind entweder „Steuern", d. h. solche Abgaben, die der Staat o. ein anderes Gemeinwesen ohne besondere Gegenleistung aus allgemeiner Bürgerpflicht und nach allgemeinem Maßstabe fordert, oder „Gebühren", d. h. solche Abgaben, die für die Benutzung von Staatsanstalten, die keine gewerbliche Unternehmung, aber zur Aufrechterhaltung einer zivilisierten Staatsordnung notwendig sind, deren Dienste jedoch gleichzeitig dem sie in Anspruch nehmenden einzelnen einen individuellen Vorteil bieten, im Verhältnis zu dem geleisteten Dienste als tarifmäßige Bezahlung zu zahlen sind; so: RG. II 25. Jan. 92 E. 22 306, Geffken aO. sowie insbs. btr. der Gebühren: Schall das. S. 79 und das zit. RG. E. 3 87. Nicht genau spricht hiernach das Gesetz von „Steuern, Gebühren und anderen Abgaben", da jene beiden die einzigen Arten von Abgaben sind; vgl. Hälschner 2 1086. Soviel folgt aber jedenfalls aus der gebrauchten Wendung, daß die „Gebühren" i. S. des § 353 (vgl. dagegen § 352 N. 2bβ) notwendig den Charakter von „Abgaben" an sich tragen müssen (aM. jedoch Meves HH. 3 999); deshalb sind Gegenleistungen auf Grund von Tarifen, die lediglich auf geschäftlichen Rücksichten, wie bei Gewerbtreibenden beruhen, keine „Gebühren", obschon nach obigem einer Gegenleistung der Charakter einer Gebühr nicht deshalb abgesprochen werden kann, weil sie zufolge eines zivilrechtl. Vertragsverhältnisses zu entrichten ist; zit. RG. E. 22 306.

In der Praxis des RG. sind ausdrücklich für „Gebühren" erachtet worden: die Briefportobeträge, namentl. das „Nachtragsporto", welche ein Postbriefträger für die

Postkasse einzuziehen hatte (vgl. auch „Portogebühren" im G. über die Portofreiheiten v. 5. Juni 1869 § 1, andererseits freilich § 25 des G. über das Postwesen v. 28. Okt. 1871 „Beträge an Portogeld, Porto und Gebühren"); zit. E. 3 87 (vgl. § 352 N. 2bβ); die Frachtbeträge der Staatseisenbahnen; zit. E. 22 306.

b) Aus dem Gesagten erhellt, daß unter „öffentlichen Kassen" nur solche zu verstehen sind, in die „Abgaben" fließen, nicht aber die Kassen industrieller Unternehmungen des Reichs, eines Staates oder einer Kommune; dagegen erscheint es unrichtig, wenn Meves aO. solche Kassen ausnimmt, denen, wie z. B. städtischen Sparkassen, die Verwaltung von Privatgeldern obliegt; denn die diesen Kassen zufließenden Einnahmen tragen den Charakter von „Gebühren" an sich; Binding aO. 931, Hälschner 2 1086 N. 2; vgl. auch zit. RG. E. 23 263, das die Kasse der Provinzialsteuersozietät f. Schlesien als „öffentliche" erachtet, weil sie zur Wahrnehmung öffentl. Interessen der Provinz bestimmt sei.

3) Die Tätigkeit selbst besteht aus zwei Akten, aus einer Handlung, nämlich „der Erhebung von Abgaben, von denen der Täter weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet", sowie aus einer Unterlassung, nämlich darin, daß „das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Teil nicht zur Kasse gebracht wird".

a) Was den ersteren Akt, die „Erhebung" (§ 352 N. 3) betrifft, so ist eine Ausdehnung auf Erhebungen anderer Leistungen als der „Abgaben" ausgeschlossen, was namentl. auch für die Fälle gilt, wo diese anderen Gegenstände (z. B. Naturalien) an Stelle der wirklich geschuldeten Geldabgabe verlangt und gegeben sind; außerdem muß das rechtswidrig Erhobene zur Ablieferung an die öffentliche Kasse seiner Natur nach überhaupt geeignet sein; so: RG. III 9. Okt. 80 R. 2 306, v. Liszt S. 583 N. 13; aM. Hälschner 2 1086 N. 2 (nach der Tendenz des Ges., das den Abgabepflichtigen gegen Übervorteilung schützen wolle). Wegen des subjektiven Erfordernisses vgl. die auch hier entsprechende Anwendung findende N. 4 zum § 352. Wird das Betreffende lediglich zufolge falscher Vorspiegelung als „Abgabe" erhoben, ohne daß überhaupt (für irgend jemanden) eine Abgabepflichtigkeit besteht, so kann § 353 keine Anwendung finden, vielmehr greift § 263 Platz: München OLG. 15. März 94 E. 8 87.

b) Der zweite Akt besteht lediglich in einer Unterlassung: dem „Nichtzurkassebringen"; das Gegenteil, das „Zurkassebringen", ist aber nicht notwendig gleichbedeutend mit „dem Kassenbestande zuführen", vielmehr ist anzunehmen, daß überhobene Abgaben im Sinne des Gesetzes erst dann zur Kasse gebracht sind, wenn sie als solche vereinnahmt sind, weshalb überhobene, ungebuchte Gebühren, die dem Kassenbestande lediglich zugeführt werden, um vom Kassierer zu ersetzende Defekte auszugleichen u. zu verdecken, nicht „zur Kasse gebracht" sind; RG. IV 30. Nov. 94 E. 26 259, Binding Lb. 2 934. Eine bestimmte positive Hdlg., insbs. eine Zueignung, wird nicht erfordert; deshalb enthält Abs. 1 nicht notwendig zugleich den Tatbestand der Unterschl., insbs. der Amtsunterschl., mag letztere auch meist mit dem Tatbestande aus § 353 zusammentreffen (N. 6c); namentl. untersteht dem § 353 (u. zwar ausschließlich, nicht aber zugleich dem § 350) der Fall, wo das rechtswidrig Erhobene deshalb nicht zur Kasse gebracht wird, um es behufs Deckung etwaiger künftiger Defekte u. Ermöglichung künftiger Unterschl. zurückzubehalten; RG. III 12. Apr. 88 E. 17 321. Dagegen liegt Unterschl. vor, wenn das rechtswidrig Erhobene zwar tatsächlich zur Kasse fließt, aber nicht als das tatsächlich Erhobene, sondern nach inzwischen erfolgter Aneignung unter falscher Buchung rc. zur Deckung von Defekten; Binding aO., Hälschner 2 1086, Meves HH. 3 1000.

4) Absatz 2 (N. 4, 5) erfordert als Subjekt einen Beamten, „welcher amtliche Ausgaben an Geld oder Naturalien zu leisten hat". Wesentlich ist nur, daß die Ausgabe eine „amtliche" sei, im übrigen kommt weder der Rechtstitel noch die Eigenschaft der Kasse als öffentl. o. nichtöffentl. in Betracht; Hälschner 2 1087, Meves HH. 3 999, Oppenh.-O. N. 10.

5) Die Tätigkeit selbst zerfällt, wie im Falle des Abs. 1 (N. 3) in zwei, Eine Handlung darstellende, Akte, nämlich darin, daß der Täter einmal „vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht", dann aber darin, daß er „die Ausgaben als vollständig ge-

leistet in Rechnung stellt". Was mit den rechtswidrig abgezogenen Geldern zc. geschehen sein müsse, sagt das Gesetz nicht; auch hier wird also eine positive Hdlg. insbs. eine Zueignung nicht verlangt, so daß das N. 3 b Ausgeführte hier entsprechend gilt.

6) Das Verhältnis zu anderen Straftaten btr., so kann vorliegen:

a) Idealkonk. (§ 73) mit Betrug aus § 263, u. zwar deshalb, weil § 353 nicht die zum Betr. notwendige Täuschung erfordert; die Strafe ist dabei aus § 263 zu bemessen (§ 73 N. 29 I b a 1); so: RG. II 25. Jan. 92, IV 30. Nov. 94, E. 22 306, 26 259, Hälschner 2 1087, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 5, v. Schwarze N. 3; aM. Binding Lb. 2 936; dsgl. mit Amtsmißbrauch aus § 339; Hälschner aO., Meves HH. 3 1000; so auch in beiden Beziehungen Hälschner 2 1087; ferner mit § 352; Binding aO. 939, Frank § 352 N. II 5.

b) Realkonk. (§ 74) mit Urkfälschung aus §§ 267 ff. bzw. 348 f.; Oppenh.-D. N. 7.

c) Was insbs. das Verhältnis zur Amtsunterschl. (§ 350) betrifft, so geht aus dem N. 3 b, 4 Bemerkten hervor, daß § 353 keineswegs eine rechtswidrige Zueignung und damit den Tatbestand des § 350 voraussetzt; dagegen spricht auch der Umstand, daß § 353$_1$, im Anschluß an § 352, gegen das vorsätzl. Drücken des Publikums bei Einziehung von Abgaben sich wendet, ein dem Wesen der Unterschl. fremder Gesichtspunkt; da umgekehrt auch nichts dafür spricht, daß § 350 den § 353 absorbiere, wenn im konkreten Falle Unterschl. vorliegt, so ergibt sich, daß die §§ 350, 353$_1$ selbständig nebeneinander bestehen, so daß eine Konkurrenz der beiden strafb. Hdlgen, u. zwar je nach Umständen Ideal- o. Realkonk., stattfinden kann. So: RG. III 12. Apr 88 E. 17 321, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 3, während v. Schwarze N. 3 A. 3 wenigstens von der Möglichkeit einer Idealkonk. spricht. AM. Binding aO. 935, Hälschner 2 1087, Meves HH. 3 1000 u. Schütze S. 531 N. 14, der eine rechtswidrige Zueignung begrifflich voraussetzende § 353 absorbiere den § 350. Im Falle einer Idealkonk. mit § 350 ist die Strafe aus diesem zu bestimmen, weil er mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der Aberkennung der bER. das härtere Strafgesetz ist (§ 73 N. 29 I b a 1); so auch das zit. RG. E. 17 321.

7) Die Hauptstrafe ist im Falle des Abs. 1 u. 2 (wegen „Gleiche Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21$_2$) Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67$_2$ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 353a.

Ein Beamter, im Dienste des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs, welcher die Amtsverschwiegenheit dadurch verletzt, daß er ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Schriftstücke oder eine ihm von seinem Vorgesetzten ertheilte Anweisung oder deren Inhalt Anderen widerrechtlich mittheilt, wird, sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist, mit Gefängniß oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft einen mit einer auswärtigen Mission betrauten oder bei einer solchen beschäftigten Beamten, welcher den ihm durch seinen Vorgesetzten amtlich ertheilten Anweisungen vorsätzlich zuwiderhandelt, oder welcher in der Absicht, seinen Vorgesetzten in dessen amtlichen Handlungen irre zu leiten, demselben erdichtete oder entstellte Thatsachen berichtet.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). Entw. d. StGN. Art. II § 353a.

Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 159, 175, 181. StB. 1875/76 S. 402, 1016—1025, 1359 f.

Vgl. § *358.*

1) Der sog. Arnim-Paragraph, der den diplomatischen Gehorsam zu sichern bezweckt, verdankt seine Aufnahme in die StGN. dem bekannten Strafverfahren gegen den ehem. D. Botschafter zu Paris, Grafen H. v. Arnim; vgl. Motive zur StGN. Art. II § 353a sowie v. Holtzendorff Rechtsgutachten erstattet zu jenem Prozesse und die in ihm ergangene Entsch. Berlin 20. Okt. 75 D. 16 667.

Da auf Grund des § 353a der bloße Ungehorsam zu strafen ist, so hat das Delikt den Charakter eines bloß polizeilichen (§ 1 N. 1_2); aM. Hälschner 2 1088, insofern er es nur als ein Disziplinarverg. ansieht; vgl. btr. des S. 2 des Abs. 2 auch Binding Lb. 2 399.

2) Die Vergehen aus § 353a sind eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt der Verg. kann nur ein Beamter (§ 359) sein, aber nicht ein jeder, sondern nur bestimmte Beamte, so daß die Verg. zugleich Beamten-Delikte sind (vgl. jedoch N. 3_2), die zu den besonderen Amtsdel. gehören (Abschn. 28 N. 3a, 4b).

3) Absatz 1 (N. 3—5) erfordert als Subjekt einen Beamten „im Dienste des Auswärtigen Amtes des DR." Zu den Beamten dieser Art gehören nicht bloß die unmittelbar bei dem bezeichneten Reichsamte angestellten Beamten, sondern auch die Beamten der ihm unterstellten Behörden, nämlich der Gesandtschaften des DR. im Auslande, der Reichskonsulate und der wissenschaftlichen Institute des DR. im Auslande; vgl. Laband Staatsr. 1 36[1]; so: v. Liszt S. 583, H. Meyer S. 684, Oppenh.-D. N. 1; aM.: Binding Lb. 2 495, Hälschner 2 1083 N. 2 btr. der Institutsbeamten, welche dem Ausw. A. zwar untergeordnet seien, nicht aber im Dienste desselben ständen.

Eine ausdehnende Auslegung erscheint, ähnlich wie im § 300 (das. N. 4_3), ausnahmsweise (Abschn. 28 N. 5) namentl. mit Rücksicht auf RBeamtenG. § 11 (s. u. N. 4) dahin geboten, daß auch ein früherer Beamter des Auswärtigen Amtes Täter sein kann; so: Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 3 A. 1, jetzt auch Frank N. II; aM.: Binding aO. 494, Geyer 2 200, Hälschner 2 1088, v. Liszt S. 583, Meves HH. 4 344, H. Meyer S. 684, Oppenh.-D. N. 2.

4) Die äußere Hdlg. besteht in einer „Verletzung der Amtsverschwiegenheit". Den Umfang der Pflicht zur „Amtsverschwiegenheit" ergibt RBeamtenG. § 11, das dem Beamten die Verpflichtung zur Verschwiegenheit über die vermöge seines Amtes ihm bekannt gewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder von seinem Vorgesetzten vorgeschrieben ist, auch noch nach Auflösung des Dienstverhältnisses auferlegt; vgl. auch StPO. § 53 u. MStGO. § 189 sowie das § 332 N. 2 aE. zit. RG. E. 28 424.

5) Nicht jede Verletzung der Amtsverschwiegenheit fällt unter Abs. 1, sondern nur eine solche, die seitens des Beamten begangen wird durch eine „an andere", d. h. an einen o. mehrere andere (§ 110 N. 14), erfolgende „widerrechtliche Mitteilung":

a. „ihm amtlich anvertrauter oder zugänglicher (vgl. § 348 N. 14) Schriftstücke" (§ 130a N. 6);

b. „ihm von seinem Vorgesetzten erteilter Anweisungen", die nur das amtliche Verhalten des Beamten betreffen können, wie namentl. auch der Begriff der Amtsverschwiegenheit (N. 4) bedingt; Meves N. 10;

c. „oder deren Inhaltes", wobei mit „Inhalt" (vgl. § 355 N. 3c) der Sinn der Schriftstücke oder der Anweisungen, wenn auch nicht notwendig ihrem ganzen Umfange nach, bezeichnet wird; Meves N. 11.

6) Absatz 2 (N. 6—9) erfordert als Subjekt einen „mit einer auswärtigen Mission betrauten oder bei einer solchen beschäftigten" Beamten.

a) „Missionen" oder Gesandtschaften i. w. S. nennt man die Organe des diplomatischen Verkehres der Staaten; vgl.: Heffter-Geffcken Völkerr. § 200, Laband Staatsr. 1 369. Sonach gehören die sog. politischen Agenten nicht zu den hier fraglichen Beamten, noch weniger aber die Konsuln; so: Binding Lb. 2 496, Geyer 2 200, v. Liszt S. 583, Frank N III, Oppenh.-D. N. 1, Laband aO. 3 7, 38 N. 1; aM.: Hälschner 2 1090, Meves N. 18 u. HH. 4 348. Gleichgültig ist, ob die Mission eine dauernde oder vorübergehende; so Meves N. 18 (vgl. jedoch abweichend HH. 4 348).

b) Die Mission muß eine solche des DR. sein; wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt ist, so folgt es doch nicht nur aus dem Zusammenhange mit Abs. 1, sondern namentl. aus der Fassung des § 353a in der Vorlage an den RT. nebst den Motiven sowie aus der Rede des Mitantragstellers Marquardsen zum Amendement Nr. 175 (StB. S. 1018); demnach sind auch im Falle des Abs. 2 als Subjekt nur Beamte des Auswärtigen Amtes

des DR. (N. 3) gemeint; so die GM. Hieraus ergibt sich, daß unter einer „auswärtigen Mission" nur eine ausländische (§ 8 N. 3) gemeint sein kann, denn in D. selbst hat das Reich keine Missionen und kann es auch keine haben; so Meves HH. 4 347; aM. v. Schwarze N. 4.

7) „Vorgesetzter" ist für die Missionschefs der Reichskanzler bzw. der ihn vertretende Staatssekretär des Auswärtigen Amts, für das übrige Personal der Missionen ist der Missionschef der unmittelbare, der Reichskanzler der mittelbare Vorgesetzte; so: Binding Lb. 2 497, Meves N. 19, 27, Laband Staatsr. 3 8; aM. Oppenh.-D. N. 3, nur der Chef des Auswärtigen Amtes sei Vorsteher, was jedoch nicht die Anwendbarkeit des Abs. 2 bei Übermittelung der Anweisung durch den Missionschef ausschließe.

8) Der erstere der beiden kumulativen, eine alternative Feststllg. ausschließenden (Wertheimer Mischgesetze S. 67), Mischtatbestände des Abs. 2 erfordert ein „vorsätzliches Zuwiderhandeln des Beamten gegen die ihm durch seinen Vorgesetzten amtlich erteilten Anweisungen". Gleichgültig ist, ob das „Zuwiderhandeln" durch Handlungen oder Unterlassungen geschieht; Meves N. 21 u. HH. 4 349, Schütze Anh. S. 23 N. 2, Oppenh.-D. N. 6. Das Merkmal kann auch vorliegen, wenn eine Anweisung nur äußerlich ausgeführt wird, in Wahrheit aber in einer das Resultat aufhebenden Weise; Hälschner 2 1090 N. 3, Meves HH. 4 349 insbs. N. 13.

9) Der letztere der beiden Mischtatbestände des Abs. 2 erfordert „das Berichten erdichteter oder entstellter Tatsachen an den Vorgesetzten in der Absicht, denselben in dessen Handlungen irrezuleiten". Alle „Berichte" der in N. 6 bezeichneten Beamten kommen in Betracht, auch diejenigen des Missionsunterpersonals an den Missionschef; Meves N. 26. Inhaltlich müssen „Tatsachen" (§ 131 N. 2) berichtet werden, nicht also Urteile bzw. Auffassungen richtig vorgetragener Tatsachen; Geyer 2 200, Meves N. 29. Die unrichtige Berichterstattung durch den, mündlichen oder schriftlichen (Meves HH. 4 349 N. 14), Vortrag von „erdichteten o. entstellten Tatsachen" (§ 131 N. 3) — also auch durch Verschweigen von Tatsachen, die pflichtmäßig zu berichten gewesen wären, sofern dadurch die berichteten Tatsachen als entstellt erscheinen (Hälschner 2 1091) — muß geschehen sein „in der Absicht, den Vorgesetzten in seinen amtl. Hdlgen irrezuleiten". Diese „Absicht" ist ein außerhalb des Vorsatzes liegendes Strafbarkeitsmerkmal (so Binding Normen 2 599; aM. v. Liszt S. 583, Absicht sei gleich Beweggrund), das nach der Begründung des Antragstellers Marquardsen (StB. S. 1018) aufgenommen worden ist, um „nicht jede beliebige Unwahrheit, jedes unbedachte Wort, welches im Leichtsinn oder selbst noch in anderer Richtung als Absicht erscheinende Tendenz gesprochen ist", unter die Strafbestimmung fallen zu lassen; es muß hiernach die Absicht des Berichtenden dahin gehen, daß der Vorgesetzte noch vorzunehmende amtliche Handlungen nach der in ihm hervorzurufenden irrtümlichen Auffassung der tatsächlichen Verhältnisse regele; Meves N. 33 u. HH. 4 351.

10) Mit Rücksicht auf die polizeiliche Natur des Deliktes (N. 1_2) ist anzunehmen, daß im Falle des Abs. 1 sowohl das vorsätzliche wie das fahrlässige Handeln bedroht sei (T. I Abschn. 4 N. 4_2); so: Hälschner 2 1089, Meves N. 14 u. HH. 4 346, Oppenh.-D. N. 6; aM.: Binding Lb. 2 495 f. (trotz Anerkennung der pol. Natur des Delikts), v. Liszt S. 583, H. Meyer S. 684, Rüd.-St. N. 4, nur das vorsätzl. Handeln sei bedroht; auch Frank N. II hält die Ansicht für bedenklich. Vorsätzliches Handeln (das im Falle des Abs. 2 allein strafbar) bedingt im Falle des Abs. 1 nicht nur die Kenntnis der bestehenden Pflicht zur Amtsverschwiegenheit, sondern auch das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit der Mitteilung; so auch Hälschner u. Meves.

Das allg. Dolusmerkmal, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, kann übrigens im Falle der vorsätzlichen Zuwiderhandlung gegen Anweisungen des Vorgesetzten (N. 8) durch den Eintritt veränderter Umstände ausgeschlossen sein; Meves N. 23.

Das Motiv des Täters ist durchweg gleichgültig, insbs. kann auch die Absicht, das Wohl des Reichs zu fördern, die Anwendung des § 353a nicht ausschließen; Binding aO. 497, Hälschner aO., Meves N. 14, 20, 23, 32 u. HH. 4 346, 350, Laband Staatsr. 3 8.

11) Idealkonk. (§ 73) kann namentl. eintreten mit Landesverrat aus § 92[3]; Meves N. 23, Oppenh.-D. N. 5.

88*

12) Die Worte „sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist" haben nicht die über Idealkonk. gegebene Bestimmung des § 73 im Auge, deren Erwähnung es nicht bedurft hätte, sondern vielmehr gerade diejenigen Bestimmungen, die nach den über Gesetzeskonk. geltenden Regeln (§ 73 N. 12 ff.; vgl. auch § 207 N. 3) die Anwendung eines anderen Strafgesetzes als des § 353a an sich verbieten; so: Binding Hb. 1 356 N. 4 u. Lb. 2 495 (es liege der § 73 N. 13b bezeichnete Fall der Subsidiarität vor), Frank N. II; aM.: Meves HH. 4 346 (die Worte sollten der Annahme entgegentreten, daß § 353a eine die Anwendung des § 73 ausschließende lex specialis bilde), v. Schwarze N. 10.

Die im § 353a und zwar sowohl für Abs. 1 wie für Abs. 2 (wegen „Gleiche Strafe trifft" vgl. § 49a N. 21₂) besonders angedrohte Hauptstrafe ist wahlweise Gefängnis von 1 T. bis 5 J. (§ 16) o. Geldstrafe von 3—5000 M. (§ 27). Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

13) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 354.

Ein Postbeamter, welcher die der Post anvertrauten Briefe oder Packete in anderen, als den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnet oder unterdrückt, oder einem Anderen wissentlich eine solche Handlung gestattet, oder ihm dabei wissentlich Hülfe leistet, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

PrStGB. § 328. Entw. I § 332, II § 350. Aktenst. Nr. 105. StB. S. 759.

Vgl. § 358.

1) Subjekt des Verg. muß ein Beamter (§ 359) sein, insbs. ein „Postbeamter" (vgl. RG. I 23. Jan. 02 E. 35 80 btr. die Verwendung von bayer. Eisenbahnbeamten im Postdienst u. deren dadurch begründete Eigenschaft als Postbeamte), weshalb das Verg. zugleich ein Beamten-Delikt ist, das zu den sog. besonderen Amtsdel. gehört (Abschn. 28 N. 3a, 4b). Vgl. übrigens N. 2b u. 7.

2) Das äußere Objekt der Hdlg. sind „der Post anvertraute Briefe u. Pakete" u. zwar nur diese Postsendungen, nicht etwa solche jeder Art; RG. II 15. Mai 00 E. 33 276; s. dagegen Binding Lb. 2 946 N. 1.

a) Ein Brief ꝛc. ist der Post „anvertraut" (vgl. §§ 174 N. 16c, 246 N. 23) mit dem Beginne der Abgabe an die Postbehörde zur Weiterbeförderung bis zur Ablieferung an den Adressaten (bzw. reglementsmäßigen Rückgabe an den Absender, Vernichtung ꝛc.); die Ablieferung an einen einzelnen, zur Entgegennahme nicht befugten Postbeamten genügt nicht; RG. II 8. März 92 E. 22 394, Binding aO. 946, Hälschner 2 1091, Meves HH. 4 1002, Oppenh.-D. N. 5. Ein Brief, der infolge Namensverwechselung unrichtig bestellt u. nach Eröffnung dem bestellenden Boten alsbald zurückgegeben wird, ist „der Post" anvertraut; RG IV 16. Juni 03 E. 36 . 67, Binding aO.

b) Da es nur um „der Post anvertraute Briefe ꝛc." sich handelt, so ist damit die amtliche Beziehung zwischen Objekt und Subjekt gegeben, ohne daß es darauf ankommt, ob der Täter insbs. mit dem Briefe dienstlich befaßt war; so: RG. II 29. Dez. 03 E. 37 40, Binding aO. 947, Hälschner 2 1092, Frank N. I (vgl. jedoch auch N. III 3: „gestatten" könne nur der dienstlich mit den Briefen ꝛc. Betraute), Oppenh.-D. N. 3, auch wohl Gerhard Briefschutz S 10, freilich mit einer Einschränkung; aM.: Meves HH. 3 1003, v. Liszt S. 584 N. 16. Ein von einem oberen Postbeamten zur Prüfung der Ehrlichkeit eines unteren Beamten mit fingierter Adresse aufgegebener Brief ist mit Recht als „der Post anvertraut" angesehen; RG. I 12. Jan. 80 E. 1 61, Binding aO. 946; vgl. auch das zu a zit. E. 22 394.

ca) Unter „Brief" ist — i. S. dieser Bestimmung, ohne Rücksicht auf Vorschriften der PostO. (aM. Gerhard aO. 11, 41, soweit es um „Unterdrücken" sich handele) — jede statt des mündlichen Verkehrs an eine bestimmte Person gerichtete schriftliche Mitteilung in offener oder geschlossener Form zu verstehen; so: RG. I 8. Dez. 79 E 1 114 (das deshalb auch „Postanweisungen" darunter fallend erachtet), dem beitretend die zitt. E. 33 276,

36 267; vgl. auch III 25. Mai 95 E. 27 256; ferner: Binding aO. 946, Geyer 2 200, Gerhard aO. (soweit „Eröffnen" in Frage), auch Frank N. II 1, jedoch btr. der Postanweisungen nur unter der Voraussetzung, daß sie auf dem Abschnitt mehr als die Adresse des Absenders enthielten; aM.: v. Liszt S. 584 (jede, nicht unter den Begriff des Pakets fallende verschlossene Postsendung, auch wenn sie keine schriftliche Mitteilung enthalte), Rüd.-St. N. 3, der zu Unrecht auf das hier nicht einschlagende RG. I 28. Mai 91 E. 22 22 sich bezieht. Demgemäß können auch Kreuzbandsendungen unter den Begriff der „Briefe" fallen (zit. RG. E. 36 267), aber sie tun es dann nicht, wenn sie keine „Mitteilung", sd. nur eine Zeitungsnummer enthalten, mag dies auch geschehen, um zum Abonnement o. zur Insertion einzuladen; zit. RG. E. 33 276.

β) Ein „Paket" erfordert seinem Wortlaut u. dem Sprachgebrauch entsprechend eine einen Gegenstand verschließende Umhüllung; ein nicht mit einer solchen versehener Gegenstand kann deshalb als „Paket" i. S. des § 354 auch dann nicht angesehen werden, wenn er nach den Vorschriften der PostO. als „Paket" zu behandeln sein sollte; so Frank N. II 2; aM. Gerhard aO. 12. Eine Kreuzbandsendung (α) kann auch nicht als „Paket" angesehen werden (so indirekt auch das zit. RG. E. 33 276), da sie nur eine die Einsicht gestattende Umschließung hat.

3) Die an den Briefen ꝛc. vorgenommenen Hdlgen bestehen in einem:

a) „Eröffnen" (§ 299 N. 4); Kenntnisnahme von dem Inhalte wird hier ebenso wenig erfordert; Berlin 10. Juli 73 O. 14 499, Binding Lb. 2 947, Hälschner 2 1092, Rüd.-St. N. 5; btr. der Eröffnung eines „Paketes" insbs. ist von RG. II 18. März 90 E. 20 349 angenommen, daß das Wesentliche die Offenlegung seines Inhaltes sei, weshalb die Lösung einer Verschlußvorrichtung o. die teilweise Beseitigung einer solchen nicht genüge, um ein Paket als „offen" zu bezeichnen; sei zur Offenlegung des Inhalts noch irgendeine Tätigkeit erforderlich, so habe das Paket noch nicht aufgehört geschlossen zu sein (bedenklich! aM. auch: Binding Lb. 2 947 N. 5, Oppenh.-D. N. 6, Kohler Recht an Briefen S. 28; vgl. ferner das § 299 N. 4 zit. RG. E. 20 375).

b) „Unterdrücken"; vgl. § 274 N. 6 und damit übereinstimmend: RG. I 8. Dez. 79, 9. Jan. 96, II 15. Mai 00, E. 1 114, 28 100, 33 276, es liege vor, wenn der Beamte widerrechtlich einen solchen Brief ꝛc. dem Postverkehr entziehe, ihn aus dem Verkehr beseitige, gleichgültig, ob dauernd oder nur zeitweilig, derartig, daß nicht einmal eine Verzögerung in der Beförderung eingetreten sei, Binding aO. 948, Geyer 2 200, Hälschner 2 1092, Frank N. III 2; enger Gerhard Briefschutz S. 39, der Verhindern des Briefzwecks, der Kenntnisnahme des Inhaltes durch den Destinatär, forderт.

4) Das Eröffnen und ebenso das Unterdrücken muß „in anderen, als den im Gesetze vorgesehenen Fällen" geschehen. Der Ausdruck „Gesetz" umfaßt auch hier die auf Grund des Gesetzes ergangenen Reglements, soweit sie Rechtsnormen enthalten; so kann die Eröffnung von Postsendungen namentl. in Gemäßheit des § 46 III der, auf Grund des § 50 des RPostG. v. 28. Okt. 1871 erlassenen, PostO. v. 20. März 1900 in dem Falle der Unbestellbarkeit ꝛc. erfolgen; vgl. § 299 N. 5 sowie Binding Lb. 2 944, 945 N. 2, 947, Frank N. IV, Oppenh.-D. N. 1, Rubo N. 2, Gerhard Briefschutz S. 13. Demnach erscheint die Ansicht, daß die Fälle lediglich in einem Gesetze — i. e. S. — vorgesehen sein dürften (so Hälschner 2 1092, aber auch Oppenh.-D. aO.), nicht richtig und der Umstand, daß die auf Grund des zit. § 50 erlassenen reglementarischen Vorschriften — nach Abs. 2 desselben — als „Bestandteil des Vertrages zwischen der Post und dem Absender" gelten, schließt nicht aus, daß den darauf beruhenden Bestimmungen der PostO. insoweit „Gesetzeskraft" zukommt; vgl. RG. I 15. Juni 85, III 9. Feb. 88, E. 12 323 (326), 17 141 (145); aM. jedoch Dambach v. G. G. über das Postwesen (6. Aufl.) S. 264.

In der Praxis ist „als im Gesetze nicht vorgesehen" erachtet: die Eröffnung eines mit Postvorschuß belasteten, an den Beamten selbst adressierten Briefes nach verweigerter Annahme und Nichtberichtigung des Vorschußbetrages; Berlin 15. Okt. 73 St. 3 233; die eigenmächtige Zurücknahme eines von einem Postbeamten selbst der Post übergebenen, mit Vorschuß belasteten Briefes ohne Rückzahlung des Vorschusses statt Abgangsbewirkung an den Adressaten; Mannheim 29. Apr. 76 St. 5 377 (bedenklich btr. dieser Fälle Frank N. IV, weil das Gesetz den Schutz des Publikums im Auge habe).

übrigens handelt es sich um ein negatives Tatbestandsmerkmal, das nach StPO. § 266 der Feststellung bedarf; so RG. II 8. März 92 E. 22 394; aM.: Berlin 6. Okt. 74 St. 4 211 (es sei ein der Feststellung nur, falls Angeklagter die btr. Tatsache geltend mache, bedürfender Strafausschließungsgrund), Oppenh.-D. N. 2a.

5) Die Hdlg. besteht darin, daß, unter der bezeichneten negativen Voraussetzung (N. 4), der Postbeamte: a. selbst die Briefe rc. eröffnet oder unterdrückt, oder

b. „einem anderen wissentlich" entweder: α. „eine solche Handlung gestattet", oder β. „dabei Hilfe leistet". In diesen letzteren beiden Fällen wird zwar regelmäßig eine Beihilfehdlg. des Postbeamten zur Täterschaft eines Dritten, der alsdann nicht als Teilnehmer an dem Verbr. aus § 354 bestraft werden kann (v. Kries ZStrW. 7 543), in Frage stehen, da dessen Hdlg. meist als eine strafb. sich charakterisieren wird (vgl. §§ 133, 242, 246, 274 [1], 299); aber es ist Binding Lb. 2 950 zuzugeben, daß solches nicht notwendig zutreffen muß; aM. außer v. Kries: Hälschner 2 1092, Frank N. III 3, Gerhard Briefschutz S. 13, sowie die früheren Aufl. des Komm. Das „Gestatten" (α) insbs. (vgl. §§ 179 N. 5, 285 N. 4a) kann ausdrücklich o. stillschweigend geschehen; letzterenfalls wird das Kommissivdelikt durch die Unterlassung der Handlung begangen, so daß möglicherweise der Fall einer durch Unterlassung begangenen Beihilfe (§ 49 N. 12) vorliegt; so: Binding aO., Aldosser Unterlassungsdel. S. 134; aM. Hälschner 2 1093, der hierin ein Omissivdel. sieht. Falls Anstiftung eines dritten Privatmannes seitens des Postbeamten vorliegt, die als solche nur als Anstiftg. (§ 47) zu dem vom Dritten begangenen gemeinen Delikt strafbar erscheint (aM. Binding aO., der Beamte werde Alleintäter), so wird darin zutreffend konkurrierend zugleich ein „Gestatten" i. S. des §. zu finden sein; so Hälschner 2 1093; aM. außer Binding: Frank N. III 3, der nur zustimmt, falls ein mit den Briefen betrauter Postbeamter anstifte (s. o. N. 2b), während ein anderer Postbeamter nur Anstifter sei.

6) In subjektiver Hinsicht ist Vorsätzlichkeit verbunden mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich; RG. I 9. Jan. 96, 23. Jan. 02, E. 28 100, 35 80, Binding Lb. 2 949 u. Normen 2 497. Welchen Zweck der Täter verfolgte, ist gleichgültig; RG. I 8. Dez. 79 E. 1 114. So in beiden Beziehungen Hälschner 2 1092.

7) Für die Frage, ob § 354 ein eigentliches oder uneigentliches Amtsdel. betreffe, sind die einzelnen Fälle zu unterscheiden.

Was zunächst die durch den Postbeamten selbst mit den Briefen vorgenommenen Hdlgen betrifft (N. 5a), so wirkt beim „Eröffnen" die Amtseigenschaft des Täters lediglich straferhöhend i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 gegenüber dem gemeinen Verg. aus § 299, so daß es als ein uneigentliches Amtsdel. (Abschn. 28 N. 2) sich darstellt (aM. Otker GS. 64 189; vgl. jedoch das § 341 N. 4 aE. Bemerkte, das hier entsprechend gilt); das „Unterdrücken" dagegen ist ein „eigentliches Amtsdelikt" (Abschn. 28 N. 1), weil abweichend von dem Verg. aus § 274 [1] die Urkundenqualität des Briefes nicht erforderlich ist. So im Ergebnisse auch RG. I 9. Jan. 96 E. 28 100, das deshalb Anstiftg. eines Postbeamten zur Unterdrückung seitens eines Nichtbeamten aus den §§ 48, 354 straft.

Die Teilnahmehdlgen an der Täterschaft eines Dritten (N. 5b) sind uneigentliche Amtsdel. (Abschn. 28 N. 2), da die zugrunde liegende Norm, das Verbot der Teilnahme an den strafb. Hdlgen anderer, nicht bloß gegen Beamte sich richtet.

8 a) Idealkonk. (§ 73) kann, je nach Umständen, mit Diebstahl (§ 242) oder Amtsunterschlagung (§ 350) eintreten, wenn der Täter mit der „Unterdrückung" den Zweck der Zueignung (N. 6) verfolgte; so: Meves HH. 3 1007, Frank N. V, Oppenh.-D. N. 11; aM. Binding Lb. 2 948 N. 5 (weil die Art u. Weise der Unterdrückung gleichgültig). Betrifft die Zueignungsabsicht nur den im Briefumschlag befindlichen Inhalt, so werden jene Verg. mit dem „Eröffnen" meist real (§ 74) konkurrieren.

b) Bezüglich des Verhältnisses des § 354 zum § 348 Abs. 2 hat RG. I 23. Jan. 02 E. 35 80 angenommen, daß, soweit es um vorsätzl. Unterdrückung durch Beiseiteschaffen (vgl. § 274 N. 6) von Urk. sich handele, Gesetzeskonk. vorliege, indem § 354 sowohl durch die Heraushebung der Postbeamten aus dem allg. Beamtenbegriff, als auch der als Urk. erscheinenden Briefe aus dem allg. Urkbegriff als das speziellere Gesetz erscheine. Das

erscheint aber unrichtig, da die Urkfälschung keinen jurist. Bestandteil der Briefunterdrückung bildet (N. 7₂); so Binding Lb. 2 949 N. 3. Außerdem würde die Auffassung des RG. praktisch unliebsame Folgen im Verhältnis des § 354 zum § 349 ergeben.

9) Die Hauptstrafe ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wg. einer Nebenstr. vgl. § 358. Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73 ¹, 27.

§. 355.

Telegraphenbeamte oder andere mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt betraute Personen, welche die einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen verfälschen oder in anderen, als in den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnen oder unterdrücken, oder von ihrem Inhalte Dritte rechtswidrig benachrichtigen, oder einem Anderen wissentlich eine solche Handlung gestatten oder ihm dabei wissentlich Hülfe leisten, werden mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 333, II § 351. Aktenst. Nr. 105.

Vgl. § 358.

1) Subjekt ist „ein Telegraphenbeamter oder eine andere mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt betraute Person", so daß das Verg. nicht notwendig zugleich ein Beamten-Delikt ist und im übrigen zu den besonderen Amtsdel. gehört, da einerseits auch ein mit Verwaltung eines Amtes betrauter Nichtbeamter Subjekt sein kann, andererseits aber nicht der Verwalter eines jeden, sondern nur eines bestimmten Amtes (Abschn. 28 N. 3 b, 4 b). Immerhin wird durch die Strafvorschrift nur derjenige getroffen, der in einem dienstlichen Verhältnisse zu der Telegraphenanstalt selbst steht; dazu gehört, daß die Person durch einen dazu Berufenen, wenn auch nur vorübergehend, mit der Wahrnehmung der betreffenden Verrichtung bei der Anstalt betraut worden ist; daß ein Telegraphenbeamter durch eine beliebige Person Verrichtungen vornehmen läßt, die der Anstalt obliegen, genügt dagegen nicht; RG. II 9. Nov. 94 E. 26 183, Binding Lb. 2 952, Dambach Telegraphenstrafr. S. 89; vgl. übrigens N. 2.

Wegen einer „zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt" vgl. § 317 N. 2, 3. Daß die, außer dem Telegraphenbeamten, als Subjekt in Betracht kommende Person mit der „Beaufsichtigung und Bedienung" einer solchen Anstalt betraut sein müsse, wird nicht im Sinne des Gesetzes liegen, sondern eine ungenaue Fassung („und" statt „oder") anzunehmen sein; zit. RG. E. 26 183, Binding aO. 951 N. 2 u. Normen 1 206 N. 3, Geyer 2 200, Hälschner 2 1093, v. Liszt S. 584.

Den Telegraphenbeamten u. -Anstalten stehen Fernsprechbeamte u. -Anstalten gleich; vgl. außer dem nur eine beschränkte Anwendung sich zuschreibenden § 318 a insbs. § 1 des TelegraphenG. v. 6. April 1892; Binding Lb. 2 49, Köhler SeuffBl. 69 286 ff.

2) Die äußeren Objekte der Hdlg. sind „die einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen"; vgl. deshalb N. 2 zum § 354, die ihrem ganzen Umfange nach entsprechende Anwendung findet (so gleichfalls Binding Lb. 2 947); auch hier verlangt jedoch Meves HH. 3 1003 eine besondere dienstliche Befassung des Täters mit der Depesche. Übrigens ist „Depesche" im weitesten S. zu verstehen, also sowohl von der Urschrift als auch von der Übertragung in die telegraphischen Zeichen wie endlich von der Ausfertigung; Binding aO. 953, Geyer 2 200, Hälschner 2 1093, Meves aO., Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 3, Köhler SeuffBl. 69 287 (auch btr. telephonisch vermittelter Nachrichten).

3) Die einzelnen in Betracht kommenden Handlungen sind:

a) Die „Verfälschung" von Depeschen; sie kann geschehen (vgl. § 267 N. 25 ff.) durch Änderung der aufgegebenen Unterschrift, durch falsches Ab- oder Weitertelegraphieren, durch falsches Niederschreiben der telegraphischen Zeichen, endlich auch durch Änderung der Nieder-

schrift selbst, mag man sie Telegrammausfertigung nennen oder nicht; Hälschner 2 1094, Meves HH. 4 1005; vgl. auch Dambach Telegraphenstrafr. S. 89 f.

b) Die „Eröffnung oder Unterdrückung von Depeschen, in anderen, als in den im Gesetze vorgesehenen Fällen"; vgl. § 354 N. 3, 4. Die Verletzung des durch das G. über das Telegraphenwesen v. 6. Apr. 1892 § 8 gewährleisteten „Telegraphengeheimnisses" (Telephongeheimnisses) ist reichsgesetzlich vorgesehen in der StPO. § 99, sowie KonkursO § 121. Von der „Unterdrückung" einer Depesche ist übrigens weder im Falle des § 1 der TelegraphenO. v. 16. Juni 1904 („Zurückweisung von Privattelgrammen" mit Rücksicht auf ihren Inhalt; Binding Lb. 2 951), noch in dem des § 18 („Zurückziehung auf Verlangen des Absenders") die Rede.

c) Die „rechtswidrige Benachrichtigung Dritter (vgl. Köhler SeuffBl. 69 284 f.) von dem Inhalt einer Depesche". Zu dem Inhalte (§ 353 a N. 5c) gehören auch der Absendungsort sowie die Namen des Absenders und Adressaten; Hälschner aO., Dambach Telegraphenstrafr. S. 86 f; vgl. übrigens Meili Fälschung einer telegr. Depesche (Zürich 1899) S. 68 ff. Nach § 8 des G. v. 6. Apr. 1892 ist „rechtswidrig" jede Benachrichtigung Dritter, die nicht durch ein Gesetz für erlaubt erklärt ist; diese Bestimmung muß auch hier für maßgebend erachtet werden; so Dambach aO. 94; aM. Gf. z. Dohna Rechtswidrigkeit S. 119 f. Eine Berufung auf bloß administrative Anordnungen von Behörden vermag deshalb nicht zu schützen (Dambach aO. 94), wohl aber sofern sie auf gesetzliche — auch bereits bestehende landesgesetzliche — Ausnahmen für strafgerichtl. Untersuchungen sich stützt; das scheint Köhler aO. 282 zu übersehen.

Wie im Falle des § 354 (das. N. 5) muß der Telegraphenbeamte ɪc. entweder selbst eine dieser Hdlgen vornehmen oder zur Täterschaft eines Dritten eine Teilnahmehandlung leisten.

4) In subjektiver Hinsicht vgl. § 354 N. 6. Für alle Fälle des Mischtatbestandes ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich; so auch offenbar Dambach Telegraphenstrafr. S. 90, 93, obschon er es für den N. 3 c bezeichneten Fall nicht ausdrücklich erwähnt.

5) Das Verg aus § 355 ist ein uneigentliches Amtsdelikt (Abschn. 28 N. 2), soweit es um die „Eröffnung" einer Depesche sich handelt, weil hier die Eigenschaft des Täters, als einer mit Verwaltung eines Amtes betrauten Person, lediglich straferhöhend i. S der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 gegenüber dem gemeinen Verg. aus § 299 wirkt. Die übrigen Fälle des § 355 stellen dagegen eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1) dar; vgl. § 354 N. 7.

6) Idealkonk. (§ 73) mit Urkfälschung ist denkbar; vgl. § 267 N. 41; so: Frank N. II, Rüb-St. N 4; aM. Meves HH. 3 1005, ferner Binding Lb. 2 259 N. 4, 953, insbs. N. 1, es bestehe das Verhältnis der Alternativität zwischen § 355 u. den §§ 267, 268, wobei die Strafe ev. aus § 268 zu finden sei.

Greift § 355 nicht Platz, so kann möglicherweise § 299 (das. N. 2) Anwendung finden; Dambach Telegraphenstrafr. S. 94 f.

7) Die Hauptstrafe ist Gef. von 3 Mt.—5 J. (§ 16). Wg einer Nebenstr. vgl. § 358.
Die Strafverfolgung verjährt nach § 67₂ in fünf Jahren.
Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73¹, 27.

§. 356.

Ein Advokat, Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand, welcher bei den ihm vermöge seiner amtlichen Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rath oder Beistand pflichtwidrig dient, wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Handelt derselbe im Einverständnisse mit der Gegenpartei zum Nachtheile seiner Partei, so tritt Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren ein.

PrStGB. § 329. Entw. I § 334, II § 352.

1) Die Delikte aus § 356, sog. Prävarikation, sind eigentliche Amtsdelikte (Abschn. 28 N. 1).

Subjekt ist ein „Advokat, Anwalt o. ein anderer Rechtsbeistand“ (§ 352 N. 2a), also durchweg eine Person, die entweder überhaupt nicht Beamter (§ 359) ist, oder eine solche, bei der die etwa nebenherlaufende Eigenschaft als Beamter (z. B. als Notar o. Universitätslehrer) außer Betracht bleibt (Binding Lb. 2 579, 580 N. 1), aber immer nur eine solche, die mit Verwaltung eines Amtes betraut ist, so daß die Delikte zu den sog. besonderen Amtsdelikten gehören, im übrigen aber Beamten-Delikte nicht sind (Abschn. 28 N. 3b, 4b).

2) Dem Täter müssen „vermöge seiner amtlichen Eigenschaft Angelegenheiten anvertraut“ worden sein. Der Ausdruck „amtliche Eigenschaft“ ist, da der Täter Beamter nicht ist (N. 1), zweifellos ungenau (Binding Lb. 2 580, Hälschner 2 1083 N. 1, v. Liszt S. 585, Meves HH. 3 1016) und will nur dasselbe sagen wie der im § 300 (das. N. 7) gebrauchte: „kraft ihres Standes“ bzw. wie „vermöge des von ihnen verwalteten Amtes“. Wegen „anvertrauen“ vgl. § 300 N. 3; dem entsprechend Binding aO. u. Meves HH. 3 1016 f.

3) Bei Angelegenheiten der in N. 2 bezeichneten Art muß der Täter „in derselben Rechtssache beiden Parteien“ dienen.

a) „Rechtssache“ (§ 334 N. 3a) bedeutet hier nicht bloß streitige Sachen i. e. S., sondern jede Rechtsangelegenheit, bei der „Parteien“, also mehrere Personen mit widerstreitenden Interessen, beteiligt sind; so die GM., insbs. RG. I 13. Apr. 92 E. 23 60. Unter jener Voraussetzung gehören zu den „Rechtssachen“ auch Strafsachen; doch ist mit Rücksicht auf die Stellung der StASchaft, die nach der StPO. (insbs. § 158_2) eine einseitige Parteirolle nicht vertreten soll, anzunehmen, daß das Delikt im Strafprozeß nur mit Beziehung auf die Privat- u. die Nebenklage vorkommen könne; so: v. Liszt S. 585, Meves HH. 3 1016; aM.: Binding Lb. 2 582, Hälschner 2 1083, H. Meyer S. 684, auch Frank N. II 1 hinsichtlich des Verteidigers.

b) „Dieselbe Rechtssache“ bezeichnet nicht den einzelnen Rechtsstreit, sondern vielmehr dieselbe Streitmaterie, wenn sie auch in verschiedenen Prozessen verhandelt wird; so: Geyer 2 201, Hälschner aO.; aM. Meves aO. 1017.

4) Der Täter muß in derselben Rechtssache „beiden Parteien (N. 3a) durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dienen“.

a) Das „Dienen durch Rat o. Beistand“ umfaßt alles, was für die Betreibung der Rechtssache der Partei förderlich sein kann; Oppenh.-O. N. 4; vgl. auch RG. I 13. Apr. 92 E. 23 60 sowie Binding Lb. 2 579 N. 8. Ob der Dienst aus Freundschaft o. gegen Entgelt geleistet wurde, ist gleichgültig; Dresden 6. Sept. 72 St. 2 132.

b) Eine „Pflichtwidrigkeit“ liegt vor, wenn der Rechtsanwalt der einen Partei im entgegengesetzten Interesse der anderen wirklich gedient hat, nicht also, wenn der Rechtsanwalt zwei Parteien, die ein entgegengesetztes Interesse haben, seine beratende Tätigkeit im beiderseitigen Interesse gewährt; so die GM., insbs. RG. II 5. Okt. 86 E. 14 364, zit. E. 23 60 (beide unter Hinweis auf RAO. § 31 [2]). Das Tatbestandsmerkmal ist übrigens nicht schon deshalb zu verneinen, weil bei Übernahme des Mandats seitens der neuen Partei das der anderen bereits erloschen war; so die GM, insbs. das zit. Dresden.

5) Subjektiv ist nach der GM. vorsätzliches Handeln erforderlich, während fahrlässiges nur eine Disziplinarbestrafung rechtfertigen kann; Berlin 8. Jan. 75 O. 16 36. Demgemäß ist auch das Bewußtsein notwendig, daß durch die dem Gegner geleisteten Dienste ein Vertrauensbruch gegenüber der vertretenen Partei begangen werde; Hälschner 2 1084, Meves HH. 3 1018, auch Berlin 12. März 75 O. 16 224, das jedoch über das Gesetz hinaus noch das Bewußtsein „von der Gefährdung der Interessen des Klienten“ fordert.

Wenn jemand mit Kenntnis in derselben Rechtssache nacheinander Mandate beider Parteien übernimmt, so wird jenes subjektive Erfordernis des bewußten Vertrauensbruches fast ausnahmslos vorliegen; vgl. Hälschner 2 1083 sowie v Schwarze N. 6 gegen Rüd.-St. N. 1.

6) Im Falle des Abs. 2 tritt als straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 hinzu, daß der Täter „im Einverständnis mit der Gegenpartei zum Nachteile seiner Partei gehandelt“ habe. Während hier zur Vollendung zwar „das Einverständnis mit der Gegenpartei“ gehört, so doch nicht der Eintritt eines Nach-

teils; mit den Worten „zum Nachteil“ wird vielmehr nur ein subjektives Erfordernis aufgestellt (vgl. § 334 N. 4); so: Binding Lb. 2 583, Meves HH. 3 1018, Oppenh.-D. N. 9; aM.: Hälschner 2 1084 (nach der Fassung des Gesetzes), Frank N. III, Rüd.-St. N. 4, v. Schwarze N. 8.

7) Ein Versuch (§ 43) des Verbr. aus Abs. 2 ist denkbar (Binding Lb. 2 582), z. B. bei nicht erzieltem, aber angenommenem Einverständnisse mit der Gegenpartei.

8) Die Strafe des Verg. (Abs. 1) ist Gefängnis von 3 Mt.—5 J. (§ 16); die Hauptstr. des vollendeten Verbr. (Abs. 2) ist Zuchthaus von 1—5 J. (§ 14_2), neben dem nach § 32 VbEN. erkannt werden kann; der Versuch des Verbr. (N. 7) ist nach §§ 44 (insbs. Abs. 4) 45 zu bestrafen.

Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 beim Verg. in fünf, nach § 67_1 beim Verbr. in zehn Jahren.

Zuständig ist Strafk.; GVG. §§ 73[1], 27; 73[2].

§. 357.

Ein Amtsvorgesetzter, welcher seine Untergebenen zu einer strafbaren Handlung im Amte vorsätzlich verleitet oder zu verleiten unternimmt, oder eine solche strafbare Handlung seiner Untergebenen wissentlich geschehen läßt, hat die auf diese strafbare Handlung angedrohte Strafe verwirkt.

Dieselbe Bestimmung findet auf einen Beamten Anwendung, welchem eine Aufsicht oder Kontrole über die Amtsgeschäfte eines anderen Beamten übertragen ist, sofern die von diesem letzteren Beamten begangene strafbare Handlung die zur Aufsicht oder Kontrole gehörenden Geschäfte betrifft.

PrStGB. § 330. Entw. I § 335, II § 352.

Vgl. § 358.

1) Subjekt ist stets ein Beamter (§ 359) und zwar nach Abs. 1 ein „Amtsvorgesetzter“, nach Abs. 2 ein „Beamter, welchem eine Aufsicht oder Kontrolle über die Amtsgeschäfte eines anderen Beamten übertragen ist“, so daß die Delikte zu den sog. besonderen Amtsdel. gehören (Hälschner 2 1062) und zugleich Beamten-Delikte sind (Abschn. 28 N. 3a, 4b).

2) In den Fällen des Abs. 1 u. 2 muß der dem Subjekt des Deliktes (N. 1) „Untergebene“ bzw. der „hinsichtlich seiner Amtsgeschäfte unter dessen Aufsicht oder Kontrolle Stehende“ eine „strafbare Handlung im Amte“, d. h. nicht gerade notwendig, wie die GM. (auch Binding Lb. 2 736) im Anschluß an die Motive annimmt, eine nach Maßgabe des Abschn. 28 als „V. u. V. im Amte“ sich darstellende Hdlg., aber doch eine als eigentliches oder uneigentliches Amtsdelikt (vgl. § 4 N. 10c sowie Abschn. 28 N. 1, 2) kriminell strafb. Hdlg. (§ 111 N. 3) entweder wirklich begehen, oder nach Absicht des Vorgesetzten wenigstens begehen sollen; Hälschner 2 1063, v. Liszt S. 585.

Wenn übrigens Abs. 2 von einer seitens der untergebenen Beamten „begangenen strafb. Hdlg.“ spricht, so ist das ungenau, und wegen der Eingangsworte dieses Absatzes anzunehmen, daß der Kontrollbeamte nicht nur wegen gelungener, sondern auch wegen mißlungener Anstiftung (N. 3b) bestraft werden solle; Binding aO. N. 2, Hälschner 2 1064.

3) Die einzelnen in Betracht kommenden Handlungen, bei denen der „Vorsatz“ bzw. das „Wissen“ auf die Strafbarkeit sich nicht zu beziehen braucht (vgl. wegen a u. b § 48 N. 14_2, wegen c Binding Lb. 2 738), sind:

a) „Vorsätzliches Verleiten“; hier, wo die Vornahme der strafb. Hdlg. des Untergebenen die Voraussetzung bildet (RG. I 10. Nov. 81 E. 5 125), handelt es sich um die Bestrafung einer Anstiftung, die somit die Anwendung des § 48 (vgl. das. N. 32a u. § 141 N. 4) ausschließt; so: Geyer 2 201, Hälschner 2 1062, Meves HH. 3 1012, v. Liszt S. 585 (227 N. 4), Rüd.-St. N. 2, v. Schwarze N. 4, Oetker GS. 64 190; aM. Finger 1 351, Anstiftg. liege nicht vor; vgl. aber auch Binding aO. 736. Übrigens ist auch wegen der Nebenstr.

aus § 358 die von dem Amtsvorgesetzten aus § 357 verwirkte Strafe eine andere, als wenn er nur als „Anstifter" aus § 48 zu strafen wäre.

b) „Vorsätzliches Unternehmen der Verleitung"; ausnahmsweise ist die erfolglose Anstiftung unter Strafe gestellt, die nicht einmal die Kriterien des Versuches zu enthalten braucht (vgl. § 159 N. 3); so: Meves HH. 3 1012 f., v. Liszt S. 585 (227 N. 4); aM. Berner S. 140, es werde damit der Versuch bezeichnet, auch Hälschner 2 1062; vgl. auch Binding aO. 737.

c) „Wissentliches Geschehenlassen" (sog. Konnivenz); eine — regelmäßig durch eine Unterlassung begangene — Beihilfe ist hier zum selbständigen Delikt erhoben (§ 49 N. 12, 29a). Anders als im § 340 (das. N. 3) genügt hier ein negatives Verhalten des Vorgesetzten; Frank N. zu § 357, Wahlberg ZStrW. 2 177, Aldosser Unterlassungsdel. S. 133. Dennoch aber liegt kein echtes Unterlassungsdelikt vor, wie in Übereinstimmung mit v. Lilienthal S. 29, v. Liszt S. 585, H. Meyer S. 682 N. 18 u. Seligsohn G. 28 220 in den früheren Aufl. des Komm. angenommen wurde; denn ist der Deliktscharakter in der Tat der einer Beihilfe, so kann es nur um ein Kommissivdelikt sich handeln, das — in der Regel — durch eine Unterlassung begangen wird; Binding Lb. 2 738, Hälschner aO., Sturm Unterlassungsdel. S. 381, 417, Landsberg Kommissivdel. S. 214. Steht aber die negative Beihilfe unter Strafe, dann um so mehr auch die durch Handlungen begangene positive; Binding, Frank aO.

4) In dem N. 3a bezeichneten Falle erscheint die Beamteneigenschaft und das obwaltende amtliche Verhältnis mit Rücksicht auf die Nebenstrafe aus § 358 lediglich als straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295 gegenüber dem gemeinen Delikte der Anstiftung zu der btr. strafb. Hdlg.; gegenüber der Ausführung von Oetker GS. 64 190, daß die bes. Merkmale des § 357 nicht in eine Nebenfrage auf Anstiftg. verwiesen werden könnten, gilt das § 341 N. 4 aE. Bemerkte entsprechend. Es handelt sich hier also nur um ein uneigentliches Amtsdel., während die übrigen Fälle des § 357 eigentliche Amtsdel. darstellen (Abschn. 28 N. 1, 2).

5) Wegen einer Nebenstr. vgl. § 358.

Wg. der Strafe im übrigen sowie der Verjährung u. Zuständigkeit vgl. die btr. §§.

§. 358.

Neben der nach Vorschrift der §§. 331, 339 bis 341, 352 bis 355 und 357 erkannten Gefängnißstrafe kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

PrStGB. §§ 309, 310, 315—317, 320—322, 324, 326—328, 330.

Entw. I §§ 311, 312, 319—321, 330—333, 335, II § 354.

1) § 358 ist durch die StGN. zwar nicht formell, aber doch insofern materiell abgeändert, als er seinem Wortlaute nach auch gegenüber § 353a Anwendung findet; Binding Lb. 2 494, Meves § 353a N. 17 u. HH. 4 351, Rubo § 353a N. 8, v. Schwarze § 353a N. 10.

2) Die im § 358 angedrohte Nebenstrafe (E. I Abschn. 1 N. 3b 2) des „Verlustes der Fähigkeit z. B. öffentl. Ämter" (vgl. § 35 „Unfähigkeit 2c.") steht nicht unter der Voraussetzung des § 35_1 (das. N. 7_1), so daß sie auch neben einer Gefängnisstr. unter drei Monaten erkannt werden darf. Mit Rücksicht auf § 33 muß die Nebenstr. des § 358 übrigens alsdann für unzulässig erachtet werden, wenn gemäß § 32 im Falle der Annahme mild. Umst. auf VbER. erkannt worden ist (vgl. §§ 340_2, 341 i. V. mit § $239_{2,3}$); Rubo §§ 340 N. 8, 341 N. 4, Rüd.-St. N. 1, v. Schwarze N. 2. Wird aber bei einem nach den bezeichneten §§. strafbaren Verbrechen i. F. mild. Umst. auf Gefängnis über 3 Mt., aber nicht zugleich auf VbER., erkannt, so ist die Vorschrift des § 358 formell anwendbar; deshalb nicht völlig genau RG. I 14. Juni 97 E. 30 159, die Bestimmung finde nur bei den besonders benannten Vergehen Anwendung; richtig ist aber, daß eine Ausdehnung auf dort nicht erwähnte Verbrechen (wie z. B. § 332) nach dem klaren Wortlaut ausgeschlossen ist.

Nur neben „Gefängnisstrafe" darf nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes auf die Nebenstr. erkannt werden; aM. Meves HH. 3 976 (im Falle des § 339 auch neben Festungsh.).

Wegen Anwendbarkeit des § 35, vgl. das. N. 7₁.

3) Die Nebenstrafe kann nicht bloß gegen Beamte, sondern auch gegen Nichtbeamte, die mit Verwaltung eines Amtes betraut sind, verhängt werden; so Rüb.-St. N. 2; dagegen erachtet Rubo §§ 331 N. 7, 339 N. 7 sie sogar nur für zulässig, wenn der Täter noch z. Z. der Verurteilung Beamter ist.

Auch gegen den Anstifter findet § 358, soweit nicht § 50 Platz greift, Anwendung (§ 48 N. 31); v. Liszt S. 576, Oppenh.-D. N. 3, Rüb.-St. N. 2.

Wegen Versuchs und Beihilfe kann dagegen die Strafe nicht ausgesprochen werden (§§ 45 N. 4, 49₂); so: Oppenh.-D. N. 2, 3, Rüb.-St. N. 2; aM. Rubo N. 2, weil die Bestimmung des § 358 ausnahmsweise hingestellt sei, u. v. Liszt aO. btr. der Gehilfen.

§. 359.

Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes sind zu verstehen alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwalte.

PrStGB. § 331. Entw. I § 336, II § 355. StB. S. 759.

1) Wenn § 359 gewisse Personen bezeichnet, die unter Beamten „im Sinne dieses Strafgesetzes" zu verstehen sind, so gibt es damit eine für das ganze StGB. gültige Auslegung (§ 8 N. 1); RG. II 16. Juni 96 E. 29 15. Das gilt insbs. auch für § 174²·³ (das. N. 15) sowie für alle diejenigen dem Widerstande gegen die Staatsgewalt gewidmeten Strafbestimmungen, die eines „Beamten" gedenken (T. II Abschn. 6 N. 1), namentl. aber auch für den nachfolgenden Übertretungsabschn. 29 (vgl. z. B. § 360⁸).

Ob der „Beamte" dem StGB. untersteht oder nicht, insbs. also ob er eine dem M. StGB. unterworfene Militärperson ist, erscheint an sich gleichgültig; auch letztere können i. S. des StGB. Beamte sein, so die Offiziere und die PrLandgendarmen (N. 8a). Das schließt andererseits nicht aus, daß da, wo besondere Gesetzesvorschriften (§§ 113, 333) den „Beamten" die „Mitglieder der bewaffneten Macht" gegenüberstellen, jene Personenkategorien zu letzteren zu rechnen sind; denn setzt man „Beamte", insbs. Zivilbeamte, in einen Gegensatz zu den Militärpersonen, namentl. den Personen des Soldatenstandes, so gehören sie zu diesen und nicht zu jenen; vgl. die Ausführungen von Herbst u. Hecker nach den Zitaten in N. 9 zum § 113.

Seiner allgemeinen Natur nach muß § 359 aber auch für alle nach dem StGB. erlassenen Reichsstrafgesetze (Binding Lb. 2 382: für „alle Sondergesetze des R.") als maßgebend erachtet werden, soweit in diesen selbst nicht abweichende Bestimmungen getroffen sind.

Wegen der Begriffe „Beamter" und „Amt" in ihrem Unterschiede voneinander vgl. Abschn. 28 N. 1.

2) Der § 359 erklärt „alle im Dienste des Reichs oder eines Bundesstaats angestellte Personen" für Beamte i. S. des StGB.; da hierin alle für den Beamtenbegriff wesentlichen Erforderniffe, nämlich die durch „Anstellung" bewirkte Begründung des „Dienstverhältnisses" einer Person „zum Staate" enthalten sind (Laband Staatsr. I 403 f.), so ist damit eine Begriffsbestimmung des „Beamten" gegeben; vgl. RG. III 24. März 84 R. 6 215, es bestimme § 359 im allg. die Grenzen, innerhalb deren das Begriffsmerkmal der Amtsqualität strafgesetzlich anerkannt werden solle, sowie Binding Lb. 2 382; aM.: RG. I 16. Jan. 82 E. 5 337, v. Liszt S. 575.

Das durch „Anstellung" begründete „Dienstverhältnis" öffentlich-rechtlicher Natur des Beamten „zum Staate" beruht auf freier Willensübereinstimmung, also seinem Wesen nach auf einem Vertrage, ist aber seinem Inhalte nach ein Gewaltsverhältnis des Staats, das auf seiten des Beamten eine besondere Gehorsams-, Treue- und Dienstpflicht, auf seiten

des Staats die Verpflichtung, den Beamten in Ausübung seiner Dienstpflicht zu schützen sowie das zugesicherte Diensteinkommen zu gewähren, begründet; so Laband aO. 413; die Begründung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses aller Beamten durch Vertrag erkennt auch RG. II 2. Dez. 81 R. 3 763 an; aM. jedoch Hälschner 2 1031; wenn dieser, ebenso wie RG. I 17. Nov. 83 E. 9 204, auf Fälle hindeutet, in denen, wie z. B. nach der PrKreisO. v. 10. März 1881 § 8, eine gesetzliche Pflicht zur Übernahme obwalte, so stehen sie jener Auffassung nicht entgegen, da auch hier die Übernahme des Amtes nur mit dem Willen des Verpflichteten stattfindet, gegen den Nichtwollenden aber nur Strafen zur Anwendung kommen; vgl. dagegen N. 8a. Im übrigen bedient man sich der (freilich von Hälschner aO. 1033 N. 4 für ungenügend erachteten; s. u. N. 9) Formel, daß als Beamter anzusehen sei, wer durch staatl. Bestallung bzw. durch Übertragung von Verrichtungen mit dem Charakter öffentl. Amtstätigkeit berufen worden sei, als Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für die Zwecke des Staats tätig zu werden; so insbs. RG. I 18. März, 11. Okt. 80, 16. Jan. 82, II 19. März 97, 14. Apr. 05, E. 1 327, 2 316, 5 337, 30 29, 38 17, III 13. Nov. 84 R. 6 711. Soweit § 359 Anwendung findet, kommt der weitere Sinn des Beamten- o. Amtsbegriffs, dessen einzelne Gesetze sich bedienen (vgl. KonkursO. § 81₂ „Amt des Verwalters", KrankVG. § 34a „Amt der Vorstandsmitglieder") nicht in Betracht; RG. II 19. März 89 E 19 85, zit. E. 38 17.

Als weiteres, positives Erfordernis für den Begriff des Beamten i. S. des StGB. stellt § 359, in Übereinstimmung mit der gesamten Redaktionsweise des StGB. (vgl. T. II Abschn. 6 N. 1), die Anstellung im Dienste „des Reichs oder eines Bundesstaats" auf, verlangt damit also die Eigenschaft des Beamten als „inländischen"; deshalb fallen ausländische Beamte auch dann nicht unter § 359, wenn sie im Inlande mit Erlaubnis einer inl. Staatsbehörde ihren Amtssitz haben (vgl. T. II Abschn. 6 N. 2; Binding Lb. 2 376) o. wenn sie als D. Reichsangehörige in einem Konsulargerichtsbezirk wohnen u. nach § 2 des G. v. 7. April 1900 der D. Konsulargerichtsbarkeit unterworfen sind; Stuttgart OLG. 8. Feb. 90 G. 40 59. Mit Recht bemerkt das zit. RG. R. 6 215, daß § 359 (trotz der allg. Begriffsbegrenzung) doch in keiner Weise die Bedingungen festsetze, unter denen das Reich o. der einzelne Bundesstaat die Anstellung seiner Beamten und die Regelung ihrer Amtsbefugnisse ordnen wolle, weshalb immer nur aus der für den einzelnen Fall maßgebenden reichs- o. landesgesetzlichen Dienstpragmatik entschieden werden könne, ob eine Person als Beamter angestellt sei und ob diese o. jene Funktion zu den Amtspflichten gehörten. Vgl. N. 13 ff.

3) Ausdrücklich bestimmt § 359 noch „aus redaktioneller Zweckmäßigkeit und behufs Beseitigung von Zweifeln, die sich in der Rechtsübung geltend gemacht haben" (Motive), daß unter Beamten zwar „Notare, nicht aber Advokaten und Anwalte" zu verstehen seien, obgleich § 31₂ unter „öffentlichen Ämtern" nicht bloß das Notariat, sondern auch die Advokatur und Anwaltschaft mitbegreift. Ausdrücklich verleiht ferner GVG. § 116 den Handelsrichtern „alle Rechte und Pflichten richterlicher Beamten", sowie RbeamtenG. § 156 den RTbeamten „die Rechte u. Pflichten der Rbeamten".

4) Was die auf Grund des Dienstverhältnisses seitens des Beamten dem Staate zu leistenden Dienste betrifft, so macht es begrifflich keinen Unterschied, ob sie obrigkeitlicher o. technischer Natur, ob sie höherer o. niederer Art sind; Binding Lb. 2 385, Hälschner 2 1029, Laband Staatsr. 1 413 f.; vgl. aus der Praxis des RG.: I 14. März 81 E. 3 420, es sei gleichgültig, ob der Beamte zu selbständigen Anordnungen befugt oder nur zu einer begutachtenden, vorbereitenden oder unterstützenden Tätigkeit berufen sei; II 1. Okt. 86 E. 14 345, auch die vom Staate bei seinen industriellen Instituten, die im öffentl. Interesse Erwerbszwecke verfolgten, angestellten Personen seien Beamte; III 20. März 93, 15. Juli 99, E. 24 83, 32 259, der Umstand, daß die Art der Dienstleistg. äußerlich den in Privatverhältnissen vorkommenden Arbeitsformen gleich sei, rechtfertige nicht die Verneinung der Beamteneigenschaft. Insbs. hinsichtlich der nur mechanischen Dienste so: RG. I 16. Jan 82 E. 5 337, Berlin 19. Okt. 77 O. 18 629; aM. Dresden 17. März 73 St. 3 41. Vgl. übrigens N. 7. Der von Binding aO. 387 aufgestellte Satz, im Stadium der Vorbildung

für ein Amt sei noch niemand Beamter, kann in dieser Allgemeinheit nicht für richtig erachtet werden; die Frage ist nur auf Grund der einschlagenden besonderen Gesetze zu entscheiden (N. 9_2).

5a) Das Dienstverhältnis des Beamten — und somit die Beamteneigenschaft — wird durch die „Anstellung" (vorzüglich die Ernennung; Binding Lb. 2 384) begründet, d. h. die von der hierfür nach Reichs- bzw. Landesrecht zuständigen Amtsstelle des Reichs o. Staates ausgehende Berufung zur Wahrnehmung der dem Staatszwecke unmittelbar o. mittelbar dienenden öffentlichen Funktionen; RG. I 22. Dez. 81, 29. Okt. 98, II 1. Okt. 86, III 10. Nov. 87, 28. Feb. 84, 15. Juli 99, E. 5 418, 31 293, 14 345, 16 378, 32 259. Der Unterschied zwischen unmittelbaren und mittelbaren Beamten (wg. des Begriffs der unmittelbaren u. mittelbaren Reichsbeamten s. N. 12a) beruht darauf, daß die Berufung entweder durch eine staatl. Behörde selbst oder auch „mittelbar" geschehen kann, sei es durch eine nicht staatliche öffentliche Behörde, sei es selbst durch eine privatrechtliche Korporation oder Genossenschaft bzw. eine einzelne Privatperson, vorausgesetzt nur, daß der Staat eine solche Berufung zur Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Funktion seinerseits anerkennt und dadurch den Dienstverrichtungen der so berufenen Person seine staatliche Autorität verleiht, indem er sie als Mitglied organisch in seine Verfassung einreiht; RG. III 6. Nov. 82, I 16. Nov. 96, II 19. März 97, E. 7 210, 29 184, 30 29, Herbst G. 38 345. Vgl. auch Binding Lb. 2 389 N. 3, 392.

b) Über die Form der Anstellung enthält das StGB. keine positive, sondern nur die negative Vorschrift, daß es keinen Unterschied begründe, ob die angestellte Person „einen Diensteid geleistet hat oder nicht" (vgl. Binding aO. 383). Sofern daher nicht sonstige Reichs- oder Landesgesetze die Rechtswirksamkeit einer Anstellung von der Beobachtung bestimmter Förmlichkeit abhängig machen, genügt auch eine formlose Anstellung, d. h. jede bezügliche Willenserklärung des zuständigen Anstellungsorganes; die Erteilung einer sog. Bestallung oder eine vorgängige Verpflichtung ist somit kein allgemeines Erfordernis; RG. I 7. Mai 83, III 13. Nov 84, R. 5 328, 6 711, IV 1. Feb. 87, 8. Feb. 95, E. 15 244, 26 437, zit. E. 32 259. Keinesfalls bedarf es einer neuen Bestallung o. Verpflichtung bei einer bloßen Erweiterung eines amtl. Wirkungskreises; zit. RG. E. 32 259.

Jene negative Vorschrift ist bezüglich der Reichsbeamten nicht etwa durch RBeamtenG. § 3 abgeändert (Binding aO. 384 N. 1), denn die Verabsäumung der dort vorgeschriebenen eidlichen Verpflichtung ist auf die Pflichten, die der Betreffende durch die Übernahme des Amtes dem Reiche o. Dritten gegenüber, mit denen er in amtlichen Verkehr getreten ist, übernommen hat, ohne Einfluß; Berlin 22. Apr. 79 O. 20 220. In ähnlicher Weise hat RG. I 3. Mai 88 E. 17 406 die Beamteneigenschaft eines „Leichenschauers" in Bayern bejaht, trotzdem die neben der Anstellung vorgeschriebene „handgelübdliche" Verpflichtung nicht stattgefunden hatte, weil die Gültigkeit der Anstellung davon nicht abhängig gemacht sei.

Anders dagegen verhält es sich, wie angedeutet, wenn in rechtsgültiger Weise für eine bestimmte Beamtenkategorie der Eintritt in ihre öffentlich-rechtl. Funktionen von einer besonderen Verpflichtung ausdrücklich abhängig gemacht ist; so treten z. B. die Bahnpolizeibeamten, jetzt gemäß § 74_2 der EisenbahnB.- u. BO., erst nach der Vereidigung durch die kompetente Behörde dem Publikum gegenüber in die Rechte der öffentl. Polizeibeamten (vgl. Berlin 5. Feb. 73 St. 2 225, das deshalb bei fehlender Vereidigung den Tatbestand des § 113 verneinte), so haben nach der BayerGemeindeO. v. 29. Apr. 1869 Art. 141_3 die zur Handhabung der Ortspolizei bestellten Bediensteten den amtl. Glauben öffentl. Diener erst dann zu beanspruchen, wenn sie von der Distriktsverwaltungsbehörde verpflichtet sind (vgl. RG. I 20. Juni 88 E. 18 37, das deshalb bei fehlender Verpflichtung den Tatbestand aus § 268^2 verneinte); ähnlich sind in Bayern nur die verpflichteten Fleischbeschauer zur Aufnahme öffentl. Urk. befugt (vgl. RG. I 25. Apr. 89 E. 19 180).

Aber auch da, wo die eidliche Verpflichtung, wie nach Obigem in der Regel, keine notwendige Vorbedingung für die Beamteneigenschaft ist, kann sie doch als formeller unzweideutiger Berufungsakt in Betracht kommen, wenn die übertragene Beschäftigung nach den Normen des öffentl. Rechts nur Ausfluß u. Äußerung eines öffentl. Amtes sein

kann (RG. II 8. Juli 02 E. 35 325), wie umgekehrt das Fehlen einer eidlichen o. wenigstens eidesstattl. Verpflichtung für die Verneinung der Beamteneigenschaft ins Gewicht fallen kann; RG. I 29. Okt. 98 E. 31 293.

6) Ist eine Anstellung seitens eines zuständigen Organes erfolgt, so kommt es nicht darauf an, ob der Angestellte auch die persönlichen Eigenschaften besaß, die er nach den maßgebenden Bestimmungen besitzen mußte, um anstellungsfähig zu sein; denn der einmal angestellte Beamte muß so lange, als ihm diese Eigenschaft verliehen ist, auch als solcher gelten; RG. I 3. Juni 80 E. 2 82 (btr. des dem Beamten bei Ausübung seines Berufes innerhalb seines amtlichen Wirkungskreises gegenüber darauf sich beziehenden, unter das Strafgesetz fallenden Angriffen zu gewährenden Schutzes), ferner: Binding Lb. 2 384, Hälschner 2 1032 N. 3, Oppenh.-D. N. 10; aM. Herbst GS. 27 401 ff. btr. der auf § 31 beruhenden UnfzB. öffentlÄmter.

7) Darüber, ob im Einzelfall eine Anstellung erfolgt sei, muß eine Feststellung in einer für die Nachprüfung der Revisionsinstanz zureichenden Weise getroffen werden; RG. III 28. Feb. 84 R. 6 159 (ungenügend die Begründung: einem „Nachtwächter sei zweifellos der Charakter eines Beamten beizumessen").

Entscheidend ist an erster Stelle der formale Berufungsakt, insbs. die ausgefertigte Bestallungsurkunde (N. 5b); erst in Ermangelung eines unzweideutigen Berufungsaktes ist es zulässig, insbs. i. V. mit einer erfolgten eidlichen Verpflichtung (N. 5 letzt. Abs.), aus der Art und Beschaffenheit der innerhalb der Zuständigkeit tatsächlich ausgeübten öffentl.-rechtlichen Dienstfunktionen auf die durch Anstellung begründete Beamtenqualität zurückzuschließen (vgl. dagegen Binding Lb. 2 385); dabei ist aber nach dem N. 4 Bemerkten Voraussetzung, daß die betreffenden Dienstverrichtungen nur bei Wahrnehmung durch einen öffentlichen Beamten rechtliche Wirkung gewinnen können, daß sie also von einem Nichtbeamten überhaupt nicht geleistet werden können; RG. I 16. Jan. 82, III 10. Nov. 87, 3. Okt. 89, 20. März 93, E. 5 337, 16 378, 20 70, 24 83, III 13. Nov. 84 R. 6 711. Aus diesem Gesichtspunkte rechtfertigt sich auch RG. I 1. Juli 80 E. 2 189, wonach ein mit Genehmigung des Oberpostamtes seitens eines bayer. Postexpeditors mit der Klausel „auf Haft und Gefahr des Expeditors" angenommener Gehilfe dennoch als Beamter angesehen wurde, weil er, von anderem abgesehen, mit Dienstverrichtungen befaßt worden sei, die ihrer Natur nach Bedeutung und Wirkung nur unter der Voraussetzung der Wahrnehmung durch einen öffentl. Beamten gewinnen konnten. Aber selbst der Vermerk in einem Dienstvertrage, daß die Person die Rechte eines öffentl. Beamten nicht haben solle, schließt die Möglichkeit nicht aus, daß dennoch eine Anstellung als Beamter erfolgt sei, dann nämlich, wenn Verrichtungen übertragen sind, die nur Ausfluß eines öffentl. Amtes sein können; es kann ferner möglicherweise das innere Verhältnis als rein privatrechtliches geregelt sein, während nach außen hin der Angestellte amtliche Verrichtungen ausüben soll; zit. RG. E. 16 378. Endlich ist zu beachten, daß ein ursprünglich privatrechtl. Dienstvertrag durch spätere Vorgänge in ein öffentlich-rechtliches Beamtenverhältnis umgewandelt sein kann; so die zitt. RG. E. 2 189, 16 378.

In dem Erlasse gesetzlicher Bestimmungen, wonach den Zeugnissen gewisser Personen eine amtliche Beweiskraft eingeräumt ist, ist ein als Anstellung zu bezeichnender Akt der Berufung noch nicht zu finden; RG. III 7. Jan. 84 R. 6 26. Selbst der im Gesetze gebrauchte Ausdruck „Anstellung" ist für die Übertragung eines öffentl. Amtes nicht unbedingt entscheidend; so wird mit jenem Ausdrucke in der GewerbeO. § 36 (§ 35$_3$) lediglich die für gewisse Fälle erforderliche Konzessionserteilung an einzelne Gewerbetreibende bezeichnet; RG. II 20. Sept. 81, I 20. Juni 88, E. 4 421, 18 37, IV 3. Juni 92 G. 40 157 (vgl. auch § 132 N. 2$_3$).

8) Wer dagegen in ein Dienstverhältnis zum Staate nicht durch Anstellung, sondern aus einem anderen Grunde tritt, ist nicht Beamter; Binding Lb. 2 386. Das trifft namentl. zu, wenn die Verrichtungen ausgeübt werden:

a. in Erfüllung einer allg. Untertanenpflicht (verschieden von dem N. 2$_2$ erwähnten Falle einer gesetzlichen Verpflichtung zur Übernahme des Amtes), wie z. B. bei der militärischen Dienstpflicht; Binding aO., Laband Staatsr. 1 412. Anders dagegen bei den

berufsmäßigen Militärpersonen; so sind namentl. Offiziere im jurist. S. Staatsbamte; RG. II 21. Feb. 90 (btr. § 164), 16. Juni 96 (btr. § 114), E. 20 268, 29 15 (vgl. auch II 22. März 92 E. 23 17), Binding aO., Laband aO. 4 180; desgl. die PrLandgendarmen, obgleich auch sie Personen des Soldatenstandes sind (§ 113 N. 9; vgl. auch EGMStGO. § 2₃; RMG. II 24. Juni 03 E. 5 210, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 49), was durch den Allerh. Erlaß v. 6. Juni 1900 (GS. S. 183) insofern Anerkennung gefunden hat, als die Oberwachtmeister der Landgendarmerie hinsichtl. ihres Dienstranges zwischen die mittleren u. die Unter-Beamten eingestellt worden sind (vgl.: RG. IV 28. Sept. 00 E. 33 383 gelegentlich); dagegen nicht mehr die „Offiziere a. D."; RG. 31. Jan. 02 E. 35 99; btr. der nichtberufsmäßigen Offiziere, derj. des Beurlaubtenstandes, enthält das zit. RG. E. 29 15 sich ausdrücklich eines Ausspruchs (unrichtig deshalb Binding aO. 386 N. 3); dagegen zählt das zit. RG. E. 23 17 auch die Reserveoffiziere zutreffend den Beamten zu; aM. Binding aO.;

b. auf Grund einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung als ein Recht; RG. I 17. Nov. 83 E. 9 204;

c. auf Grund eines lediglich privatvertragsmäßigen Verhältnisses; Binding aO. 387.

9) Die Anstellung kann „auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig" erfolgen. Die Dauer der Amtsübertragung wird sonach mit Recht für etwas begrifflich Unerhebliches erachtet; Laband Staatsr. 1 413; vgl. jedoch Hälschner 2 1033, der, trotzdem die Beamtenqualität nicht durch eine Zeitdauer des Dienstes bedingt sei, dennoch fordert, daß der Betreffende den generellen Auftrag erhalten habe, gewisse Amtsgeschäfte „bleibend u. fortdauernd" auszuüben, i. d. S., daß der Beamte den allgemein gefaßten Auftrag habe, alle im einzelnen noch nicht bestimmten, in den Geschäftskreis des btr. Amtes fallenden Dienste, zu denen während der Zeit seines Dienstes Anlaß gegeben werde, zu leisten; dagegen genüge es nicht zur Begründung der Beamteneigenschaft, wenn jemandem, wie z. B. Geschworenen u. Schöffen, die Wahrnehmung von Amtsgeschäften nur vorübergehend u. speziell aufgetragen sei (s. jedoch N. 8a).

Wegen Fälle aus der Praxis des RG., in denen es um nur „auf Zeit" oder „vorläufig" angestellte Beamte sich handelte, vgl.: I 13. Nov. 79, 18. März 80, R. 1 64, E. 1 327, II 8. Juli 02 E. 35 325 (obgleich eine Anstellung als „Kommunalbeamter i. S. des Pr. G. v. 30. Juli 1899 btr. die Anstllg. u. Versorgung der Kommunalbeamten" nicht stattgefunden hatte). Unter die i. S. des § 359 „nur vorläufig angestellten Personen" können insbs. fallen die „probeweise" beschäftigten (zitt. RG. R. 1 64, E. 35 325) sowie die im Stadium der Vorbildung für ein Amt befindlichen Personen (N. 4 aE.); der Umstand, daß jemand der Ausbildung halber beschäftigt wird, nach deren Beendigung noch eine Prüfung zu bestehen hat u. erst nach erfolgreich bestandener Prüfung eine Anwartschaft auf endgültige Anstellung erwirbt, steht der Annahme der Beamteneigenschaft nicht entgegen, sofern mit dem Ausbildungsdienst eine auf Übertragung seitens der zuständigen Behörde beruhende und unter eigener Verantwortung erfolgende Ausübung von Dienstverrichtungen verbunden ist, die den staatl. Zwecken zu dienen bestimmt sind u. sonach dem Publikum gegenüber öffentl. Autorität zu beanspruchen haben.

10) Begrifflich gleichgültig ist es auch, wenn schon § 359 solches nicht hervorhebt, ob das Dienstverhältnis einen Anspruch auf Gehalt gewährt oder nicht; RG. II 19. Feb. 84 R. 6 134, Binding Lb. 2 383, Hälschner 2 1031, Laband Staatsr. 1 406. Noch weniger kommt es darauf an, ob ein „festes Entgelt" oder eine „Vergütung nach Maßgabe des Geleisteten" gewährt wird, oder ob der Beamte (wie z. B. die Notare, die Gerichtsvollzieher sowie die Fleischbeschauer, die Hundefänger) auf den Bezug von Gebühren für Einzelleistungen angewiesen ist; RG. I 18. März, 24. Juni 80, E. 1 327, R. 2 108, II 19. März 97 E. 30 29.

11) Ebenso ist es begrifflich gleichgültig, ob der Staatsbeamte in der Wahrnehmung seiner Amtsgeschäfte seinen ausschließlichen oder wesentlichen Lebensberuf hat oder ob er sie nur als Nebengeschäfte betreibt; Laband Staatsr. 1 408.

12) Der Beamte steht entweder „im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats" (N. 2₃).

a) Wenn man auch bei den Reichsbeamten auf Grund des RBeamtenG. § 1 i. V. mit RV. Art. 18 und dem durch die V. btr. den Diensteid der unmittelbaren Reichsbeamten v. 29. Juni 1871 eingeführten Sprachgebrauch gleichfalls „unmittelbare" und „mittelbare" unterscheidet, so hat doch § 359 lediglich die ersteren, die „vom Kaiser (persönlich o. kraft Ermächtigung) angestellten" Reichsbeamten, im Auge, weil die letzteren zugleich Landesbeamte sind, d. h. „im Dienste eines Bundesstaates stehen"; Hälschner 2 1030, Laband Staatsr. 1 416.

b) Wer überhaupt als Beamter im „Dienste eines Bundesstaats" steht, bestimmt sich nach der Landesgesetzgbg., soweit nicht ausnahmsweise auch Reichsgesetze dafür maßgebend sind, wie z. B. btr. der Beamten, die den von den Zentralbehörden der Bundesstaaten nach GewerbeO. § 155₂ bezeichneten Behörden angehören; RG. II 1. März 05 G. 52 248. Welche Landesbeamte zu den „unmittelbaren", welche zu den „mittelbaren" Staatsbeamten gehören (N. 5), bestimmt sich nach der btr. Landesgesetzgbg.; RG. III 6. Mai 86 E. 14 130. Im allg. sind aber „mittelbare" Beamte diejenigen, welche zur Herbeiführung staatlicher Zwecke seitens einer dem Staate untergeordneten, organisch in seine Verfassung eingreifenden Gemeinheit berufen sind und somit der Aufsicht und Kontrolle des Staates unterliegen; RG. I 19. Jan. 80, 20. Jan. 81, E. 1 153, 3 258. Zu den „mittelbaren" Beamten gehören namentl., soweit das Volksschulwesen staatl. Angelegenheit ist, die von den Gemeinden angestellten Volksschullehrer; RG. I 22. Jan. 94 E. 25 89 (btr. Bayern); im Königr. Sachsen wenigstens die Direktoren der Volksschulen; vgl. RG. III 14. Nov. 95 E. 28 19.

13) Nach Reichsrecht bzw. nach dem öffentl. Rechte des Reichs sind in der Praxis als „Beamte" a. angesehen und zwar:

I. innerhalb der RPostverwaltung: a. ein Postagent (in Els.-Lothr.); RG. I 26. Jan. 91 E. 21 310, dsgl. ein mittels Handschlages verpflichteter Vertreter eines Postagenten, nach Gestattung seitens der Oberpostdirektion, wenn auch nur unter eigener Verantwortung des Vertretenen; RG. IV 13. Dez. 92 G. 40 337 (s. auch N. 16aα); b. nach der Allg. Dienstanweisung für Post u. Telegraphie (Abschn. X Abt. 2 § 1) die Postillone in reichseigenen Posthaltereien, in nicht-reichseigenen dagegen im Verhältnis zur Postverwaltung (nicht zum Posthalter) nur, wenn ihnen verhandlungsschriftlich beim Dienstantritt mitgeteilt ist, daß sie in allen ihren dienstl. Verrichtungen gesetzlich als Beamte anzusehen seien; RG. II 6. März 00 E. 33 197; c. die von den Kais. Ober-Postdirektionen in Preußen angestellten Unterbeamten, obgleich RV. Art. 50 (vgl. btr. desselben auch das zit. RG. G. 40 337) die Anstellung solcher Beamten den Bundesstaaten überlasse; denn soweit die Landesregierung von dem eingeräumten Recht nicht Gebrauch mache, trete das aus der Kais. Prärogative der oberen Leitung der Postverwaltung abgeleitete Recht der Kais. Behörden ein, für ordnungsmäßige Verwaltung auch durch Besetzung der Unterbeamtenstellen zu sorgen; Berlin 22. Apr. 79 O. 20 220;

II. die als solche vorschriftsmäßig (N. 5b vorletzt. Abs.) angestellten Bediensteten einer Privateisenbahngesellschaft, insoweit sie bahnpolizeil. Funktionen ausüben (vgl. EisenbahnB.- u. BO. § 74); RG. III 24. März 84 E. 10 325 (N. 15bIα);

b. dagegen nicht erachtet die Konkursverwalter, weil sie nicht für Staatszwecke als Organe der Staatsverwaltung tätig seien; das N. 2₂ zit. RG. E. 19 85.

14) Preußen btr. Die Schiedsmänner haben nach der SchiedsmannsO. v. 29. März 1879 § 6 „bei Ausübung ihres Amtes die Rechte der Beamten"; sie sind daher den Beamten zuzuzählen, obschon man im Hinblick auf die Disziplinargesetzgbg. absichtlich davon abgesehen hat, auszusprechen, daß sie öffentl. Beamte seien. Dagegen sind als Beamte nicht anzusehen die sog. Hofbeamten (RG. II 13. Jan. 91 E. 21 381, Berner S. 666, Binding Lb. 2 391, Oppenh.-O. N. 30, Rubo N. 6, Schulze Pr. Staatsr. 1 313), jedoch können sie nach PersonenstdsG. § 72 die Eigenschaft von Standesbeamten erhalten; vgl. außerdem N. 15aIIIβ.

15) Die Praxis, insbs. des RG., auf Grund des Preußischen Rechts ist folgende:

a) Die Beamteneigenschaft ist bejaht:

I. innerhalb der Bau- bzw. Eisenbahnverwaltung: α. btr. der von den zuständigen

Staatsbehörden angestellten Schleusenmeister; II 1. Okt. 86 E. 14 345; β. btr. der im Dienste der Kgl. Staatseisenbahnverwaltung stehenden Schaffner, auch insoweit sie den Dienst in einem anderen Bundesstaate verrichten; III. 17. Jan. 87 R. 9 59; γ. btr. der von einer die Verwaltung einer Privatbahn führenden Kgl. Direktion innerhalb des Geschäftskreises angestellten Beamten; Berlin 3. Nov. 75, 5. Juli 77, O. 16 707, 18 505;

II. innerhalb der Finanzverwaltung btr. der Mitglieder der Voreinschätzungskommissionen; I 4. Dez. 05 E. 38 235;

III. innerhalb der Forst- u. Feldpolizeiverwaltung: α. btr. der nach dem PrFDG. §§ 23 ff. ein für allemal gerichtlich beeidigten Personen; vgl. die § 117 N. 2a zitt. Entsch. des RG.; β. der Beamten des Hofjagdamtes, die von diesem, ohne daß es einer Bestätigung durch den Landrat bedarf, auf Grund eines mit der Gemeinde geschlossenen Vertrages als Feld- u. Forsthüter auf der Gemeindefeldmark bestellt sind, weil unter den „für den Feldschutz (Forstschutz) im Kgl. Dienste angestellten Personen" i. S. des PrFFPG. § 63 nicht bloß die Staatsbeamten, sondern allgemein die Beamten im Dienste Sr. Majestät des Königs zu verstehen seien; II 9. Okt. 85 E. 12 419 (vgl. dagegen Herbst G. 28 337, der btr. der auf Grund des PrFFPG. angestellten Feld- u. Forsthüter überhaupt zu anderen Ergebnissen kommt; namentl. aber Binding Lb. 2 391 N. 2);

IV. innerhalb der geistlichen u. Unterrichtsverwaltung: α. btr. der Geistlichen, soweit sie auch noch nach Erlaß des PersonenstdsG. berechtigt sind, aus Kirchenbüchern Zeugnisse mit amtl. Charakter zu erteilen; III 22. Jan. 83 R. 5 56, Berlin 10. Juni, 12. Nov. 74, O. 15 375, 768; β. btr. der Pfarrer, soweit sie von der Staatsverwaltung zur Verwaltung des Kirchenvermögens berufen sind; Berlin 30. Apr. 73, 16. Nov. 76, St. 3 41, O. 17 743; dsgl. in derselben Beschränkung btr. der Küster einer evangel. Kirchengemeinde; II 16. März 86 E 13 432; γ. btr. der Rendanten einer kathol. Kirchengemeinde nach dem G. v. 20. Juni 75; I 20. Jan. 81 E. 3 258, IV 10. Juni 84 R. 6 418; btr der Rendanten in einer evangel. Kirchengemeinde in den (neun) alten Provinzen; III 6. Mai 86 E. 14 130; insbs. auch der dazu vom Gemeindekirchenrat nach der Kirchengemeinde- u. SynodalO. v. 10. Sept. 1873 bestellten Pfarrer; II 11. März 90 G. 38 58; δ. btr. der Rechner der Armenkassen der israel. Kirchengemeinden in Hohenzollern-Sigm.; I 29. Okt. 92 E. 23 268; ε. btr. der Rendanten einer Schulgemeinde; II 5. Juli 81 E. 4 379, Berlin 29. Jan. 79 O. 20 51;

V. innerhalb der Verwaltung des Innern (abgesehen von den Landgendarmen; N. 8a): α. btr. der öffentl. angestellten Fleischbeschauer; I 24. Juni 80 R. 2 108, II 20. Sept. 81, 27. Jan. 88, III 13. März 90, E. 4 421, 17 94, 20 313; btr. der vom Regierungspräsidenten angestellten Fischereiaufseher (PrFischereiG. v. 30. Mai 1874); IV 13. Feb. 94 E. 25 112; btr. eines vom Kreisausschuß angestellten Hausvaters eines Kreislazaretts; II 1. Nov. 93 G. 41 400; β. btr. folgender in der Gemeindeverwaltung beschäftigter Personen: 1. der Mitglieder der bei den Magistraten gebildeten städt. Deputationen; IV 12. Okt. 88 R. 10 565; 2. der von den Magistraten zur Einschätzung für Versicherungen bei einer Feuersozietät bestellten Taxatoren; Berlin 7. Apr. 75 St. 5 65; 3. btr. des Dirigenten einer städt. Gasanstalt; I 19. Jan. 80 E. 1 153; 4. btr. der Bezirksvorsteher (in den östl. Provinzen); I 14. März 81 E. 3 420; 5. btr. der Gemeindevorsteher, auch wenn u. soweit sie als „Ortssteuererheber" fungieren; I 23. März 91 E. 21 398, bzw. die Einziehung der Kommunalabgaben übernommen haben; IV 31. März 96 G. 44 56; β. btr. der von der Gemeinde gewählten u. durch den Gemeindevorsteher angestellten Ortssteuererheber (ohne das Erfordernis landrätl. Bestätigung); IV 22. Juni 97 G. 45 283; γ. btr. eines im Gebiete der PrKreisO. v. 19. März 1881 von den gesetzlichen Organen der Amtsverbände berufenen und landrätlich bestätigten u. beeidigten Vorstehers des Amtsbureaus; II 4. Dez. 96 E. 29 230; δ. btr. eines auf Grund der KreisO. für Schleswig-Holstein v. 26. Mai 1888 vom Amtsausschusse ernannten u. vom Landrat bestätigten Amts- u. Polizeidieners, dsgl. btr. eines auf Grund der KreisO. f. d. östl. Provinzen v. 19. März 1881 durch den Amtsvorsteher ernannten u. vom Landrat bestätigten Amtsdieners — unter der Voraussetzung, daß der Amtsvorsteher diesen aus der ihm gewährten

Pauschalentschädigung zu besolden hat; IV 3. Feb. 93, 26. März 01, E. **23** 419, **34** 234; ε. btr. eines mit der Einziehung der Feuerkassenbeiträge f. d. Schles. Provinzialfeuersozietät betrauten Gemeindevorstehers; IV 11. Okt. 92 E. **23** 263; ζ. btr. eines von einem Tierschutzverein mit Genehmigung der zuständigen Staatsbehörde angestellten Hundefängers; II 19. März 97 E. **30** 29;

VI. innerhalb der Justizverwaltung, die (jetzt nach § 3 der KanzleiO. v. 9. Feb. 1895, JMBl. Nr. 8 Beil.) „nach Bedürfnis angenommenen u. vereidigten" Kanzleigehilfen, im Gegensatz zu den nur vorübergehend zur Aushilfe angenommenen u. durch Handschlag an Eidesstatt zu verpflichtenden; I 2. Feb. 93 E. 23 405 (vgl. auch E. 5 337).

b) Dagegen ist die Beamteneigenschaft verneint:

I. weil überhaupt kein Dienstverhältnis zum Staate begründet war: α. btr. der Bediensteten einer Privateisenbahngesellschaft, soweit es nicht um Ausübung bahnpolizeil. Verrichtungen sich handelt; Berlin 4. Dez. 73 St. **3** 234 insbs. die Beamteneigenschaft verneinend bei Vornahme der Fahrscheinkontrolle, während das N. 13 II zit. RG. E. **10** 325 dahingestellt sein läßt, ob jene Kontrolle schon schlechthin zur Bahnpolizei gehöre; β. btr. der Geistlichen, soweit ihnen nicht staatl. Verrichtungen übertragen sind (s. o. a IV α, β); Berlin 28. Mai, 17. Juni 74, O. **15** 335, St. **4** 97;

II. weil das zum Staate bestehende Dienstverhältnis nicht auf Anstellung beruhte, und zwar:

α. die Anstellung nicht von zuständiger Seite ausgegangen war, indem die vorgeschriebene höhere Genehmigung (Bestätigung) fehlte (N. 5a), btr. aller Polizeibeamten einer Gemeindebehörde, insbs. der Polizeisekretäre u. Nachtwächter, nach § 4 des G. über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850; II 19. Feb. 84 R. **6** 134, IV 5. Juni 91 E. **22** 39, sowie (im Bereiche der KreisO. f. d. östl. Provinzen v. 19. März 1881) btr. aller Beamten, insbs. der Diener u. Nachtwächter, einer Dorfgemeinde, ferner btr. der Amtsdiener der Amtsverwaltungen bei fehlender Genehmigung seitens des Landrates; endlich btr. der Wegepolizeibeamten an den der Verwaltung der Kommunalverbände unterstehenden Chausseen; II 8. Okt. 86, IV 24. Feb. 93, E. **14** 350, **24** 24, II 7. Dez. 97 G. **46** 43;

β. die Übernahme der amtl. Verrichtungen auf Grund allg. gesetzl. Bestimmungen als Recht erfolgte, sei es ohne weiteres — so btr. eines Gutsbesitzers in Altpreußen, der vermöge seiner Patronatseigenschaft den Vorsitz im Schulvorstande ohne Zutun der Staatsgewalt übernommen hatte, das N. 8b zit. RG. E. **9** 204 — sei es z. B. mit einer, einer staatl. Bestätigung nicht bedürfenden Wahl — so btr. der Stadtverordneten Berlin 18. Juli 72, 5. Jan. 77, O. **13** 431, **18** 13;

γ. lediglich privatvertragsmäßige Übernahme der btr. Verrichtungen vorlag (N. 8c): 1. btr. der kraft eines von der Behörde erteilten speziellen Auftrages funktionierenden Gefangentransporteure; I 22. Dez. 81 E. **5** 418, Berlin 7. Mai 75 O. **16** 356; 2. btr. der zuf. GefängnisO. v. 21. Dez. 1898 (JMBl. S. 292) angenommenen Gefängnisärzte, mögen sie auch im übrigen, z. B. als Kreisärzte, Beamte sein; IV 22. Dez. 99 E. **33** 29; 3. btr. der Krankenwärter in einer provinzialstädtischen Heil- u. Pflegeanstalt; III 13. Nov. 84 R. **6** 711; 4. btr. der von einem Landrat angenommenen Büreaugehilfen; II 28. Feb. 96 E. **28** 239; 5. btr. der Kgl. Lotterieeinnehmer u. -untereinnehmer (gemäß § 4 der Geschäftsanweisung f. dieselben v. 1. Juli 1868); Berlin 7. Okt. 75 St. **6** 56; 6. btr. der Steiger auf fiskalischen Bergwerken; Berlin 19. Okt. 77 O. **18** 629.

16) Bayern btr., so ist in der Praxis, insbs. des RG., a. die Beamteneigenschaft bejaht:

α. btr. eines vereidigten Privatpostgehilfen eines Kgl. Postexpeditors, dem dessen Annahme, obschon auf eigene Haft u. Gefahr (N. 13 I a), vom Oberpostamt gestattet war; I 1. Juli 80 E. **2** 189;

β. btr. der protestant. Pfarrer, soweit sie von der Staatsgewalt zur Verwaltung des Kirchenvermögens berufen sind; I 11. Okt. 80 E. **2** 313;

γ. in der Verwaltung des Innern btr. 1. der Gemeindebeamten überhaupt; München 20. Apr. 75 St. **5** 177; insbs. 2. btr. der von einem Stadtmagistrate angestellten Stadt-

schreiber; I 7. Nov. 81 R. 3 688, München 18. Juni 77 St. 7 359; dsgl. eines solchen Gaskommissars; I 26. Nov. 96 E. 29 273; dsgl. eines vom Stadtbauamt angestellten städt. Kiesgrubenaufsehers; I 13. Juni 01 E. 34 287; 3. btr. der mit der Verwaltung des Gemeindevermögens betrauten Mitglieder der Ortsausschüsse in den Landgemeinden; I 1. Feb. 83, 4. Feb. 89, E. 8 29, 18 391; 4. btr. der öffentl. Diener der Landgemeinden, auch vor ihrer Verpflichtung durch die vorgesetzte Verwaltungsbehörde; I 5. Jan. 84 E. 9 409; 5. btr. der in den Gemeinden angestellten Wagmeister; I 20. Juni 88 E. 18 37, München 13. Sept. 73 St. 3 38; der in den Gemeinden angestellten Fleischbeschauer; I 22. Okt. 83, 25. Apr. 89, E. 9 139, 19 180; der zum Zwecke der Haussteuereinschätzung in den Gemeinden gewählten Taxatoren; München 13. Juni 74 St. 4 133;

δ. btr. der Kgl. Forstgehilfen; München 13. Juni 74 St. 4 133;

ε. btr. der Packmeister der Staatseisenbahnen; München OLG. 13. Feb. 96 E. 9 14;

b. die Beamteneigenschaft verneint und zwar:

α. wg. privatvertragsmäßiger Annahme btr. der von einem Beamten, obschon zu staatl. Zwecken, angenommenen Privatschreiber; München 18. Jan., 22. Feb. 73, St. 2 205, 247;

β. btr. der von einem Polizeibeamten zu einer Feuerbeschau zugezogenen Sachverständigen; München 24. Dez. 75, 11. Mai 77, St. 6 57, 7 357;

γ. btr. der Techniker des bayer. Dampfkesselrevisionsvereins; I 16. Nov. 96 E. 29 184.

17) Königreich Sachsen btr., so ist in der Praxis die Beamteneigenschaft a. bejaht:

α. btr. der von dem Eigentümer eines Rittergutes o. eines anderen von einem Gemeindeverbande eximierten Grundstückes angestellten, mit Ausübung des Forstschutzes betrauten Förster; RG. III 6. Nov. 82 E. 7 210;

β. btr. der Kgl. Lotteriekollekteure; Dresden OLG. 12. Okt. 89 G. 37 306;

γ. btr. der Vorstände einer Landgemeinde auf Grund der RevLandgemeindeO. v. 24. Apr. 1873; Dresden OLG. 4. Juni 85 SächsA. 7 22;

b. als nicht ohne weiteres dem verpflichteten Trichinenschauer zukommend erachtet; RG. III 3. Okt. 89 E. 20 70 (vgl. dagegen btr. der Fleischbeschauer in: Preußen N. 15 a V 3, Bayern N. 16 a γ 5);

c. wg. der Direktoren der Volksschulen, insbs. der Fortbildungsschulen, vgl. das N. 12 b zit. RG. E. 28 19.

18) Baden btr., so ist in der Praxis die Beamteneigenschaft bejaht:

a. btr. der „verpflichteten Jagdaufseher"; Mannheim 8. März 73 St. 2 249;

b. btr. der Fleischbeschauer: RG. I 2. Mai 89 E. 19 197.

19) Mecklenburg-Schwerin btr., so ist über die Frage, ob und in welchem Sinne ein dortiger Geistlicher der evangel.-luth. Landeskirche als Beamter anzusehen sei, zu vergleichen RG. III 7. Mai 88 R. 10 385.

20) Braunschweig btr., so ist in der Praxis die Beamteneigenschaft der Gemeindebeamten, insbs. der Vorsteher, Einnehmer, Schullehrer rc., bejaht; Wolfenbüttel 5 Sept. 73, 9. Juli 76, 8. Feb. 77, St. 3 107, 6 379, 8 304.

21) Waldeck u. Pyrmont btr., so ist die Eigenschaft fürstl. Domanialforstaufseher als Beamter bejaht; RG. IV 25. Feb. 98 E. 31 47.

Neunundzwanzigster Abschnitt.

Übertretungen.

Aktenst. Nr. 124 II. StB. S. 759—761.

1) Der Abschn. 29 behandelt ausschließlich „Übertretungen" i. S. des § 1_3; wenn es aber auch in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben mag, im Abschn. 29 alle im StGB. überhaupt behandelten Übertretungen zusammenzufassen, so ist das nicht völlig erreicht, indem auch in den vorhergehenden Abschnitten des T. II einzelne Übertretungen vorkommen; vgl. § 1 N. $9_{2,3}$. Eine Materie i. S. des EG. § 2 ist im Abschn. 29 nicht geregelt worden; vgl. EG. § 2 N. 4 b.

2) Indem die Übertretungen in den Kreis der nach dem StGB. strafb. Hdlgen aufgenommen wurden, sollte — nach den Motiven — dem Gedanken, daß hierbei nicht ein von dem übrigen Strafrecht generisch sich unterscheidendes Gebiet behandelt werde, noch dadurch ein schärferer Ausdruck gegeben werden, daß man den „Allgemeinen Teil" auf alle strafb. Hdlgen, sonach auf B., V. und Übertretungen erstreckte; vgl. § 1 N. 13 u. T. I N. 1. Ausnahmen von den allgemeinen Bestimmungen sollten nur da gegeben werden, wo die Natur der geringen strafb. Hdlg. solche nötig mache; vgl. deshalb § 1 N. 13_2.

Zu beachten ist aber, daß die im Abschn. 29 behandelten Übertretungen vorwiegend Polizeidelikte sind (§ 1 N. 1), was namentl. für die Frage von Bedeutung ist, welche Schuldformen mit Strafe bedroht sind, indem bei den Polizeidelikten unterschiedslos das vorsätzliche und das fahrlässige Handeln (soweit solches nach dem Tatbestande überhaupt denkbar) unter dieselbe Strafandrohung gestellt ist (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4_2). Aber auch die Polizeidelikte erfordern zum subjektiven Tatbestande stets eine Schuld, weshalb auch der § 59 Anwendung findet (das. N. 12). Ebenso bleibt bei den Polizeidelikten das Erfordernis objektiver Rechtswidrigkeit bestehen (T. I Abschn. 4 N. 1).

3) Wegen Bestrafung von im Auslande begangenen Übertretungen vgl. § 6.

4) Der Versuch ist nach § 43 straflos; doch sind tatsächlich im Abschn. 29 manche Versuchs-, auch bloße Vorbereitungshdlgen unter besondere Straffanktionen gestellt (§ 43 N. 28).

5) Wegen Teilnahme gelten im übrigen die Vorschriften des T. I Abschn. 3, freilich mit der wichtigen Ausnahme, daß die Beihilfe zu einer Übertr. nach § 49 straflos ist (gleichwie übrigens die Begünstigung zu einer solchen; §§ 257 f.). Was den § 50 anbetrifft, so fehlt es im Abschn. 29 an der seine Anwendbarkeit bedingenden Voraussetzung; vgl. jedoch § 370 Schlußnote a.

6) Die im T. I Abschn. 4 behandelten „Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern", finden auch auf Übertretungen Anwendung, was namentl. vom § 59 (das. N. 9, 19) gilt. Ausgeschlossen ist dagegen das System der mild. Umst. (T. I Abschn. 4 N. 13).

Besondere Folgerungen aus den allg. Grundsätzen werden für Übertretungen gezogen in den: §§ 57^4 (Verweis), 67_3 (Verjährungsfrist der Strafverfolgung von Übertretungen); vgl. auch § 70^6.

Nur auf Antrag verfolgbar sind allein die Übertretungen aus § $370^{5,6}$.

7) Aus dem T. I Abschn. 5 „Zusammentreffen mehrerer strafb. Hdlgen" finden die Vorschriften über Idealkonk. (§ 73) auf Übertretungen uneingeschränkte Anwendung, während bei Realkonk. die §§ 77, 78 Platz greifen (vgl. auch § 76 N. 3); uneingeschränkte Anwendung findet ferner § 79 i. V. mit den §§ 77, 78.

8a) Die angedrohten Hauptstrafen sind — von der außerordentlichen des Verweises (§ 57^4) abgesehen — gemäß § 1_3 Haft von 1 T. bis zu 6 W. (§ 18) oder Geldstrafe von 1 bis zu 150 M. (§ 27), und zwar ist angedroht:

α. nur Haft im § 361^{1-8};

β. nur Geldstrafe in den §§ 364, 365_1;

γ. wahlweise Haft oder Geldstrafe in den §§ 360, $361^{9,10}$, 363, 365_2, 366, 366a, 367, 368, 369, 370, und zwar unter Voranstellung der Haft in den §§ $361^{9,10}$, 363, der Geldstrafe in den übrigen §§.

Die angedrohten Höchstbeträge sind entweder die bei Übertretungen überhaupt zulässigen (§§ 360, 361, 363, 364, 366a, 367, 370), oder geringere und zwar:

der Haft (in den §§ 365_2, 366, 368: bis zu 14 T., im § 369 bis zu 4 W.);

der Geldstrafe (im § 365_1 bis zum 15 M., in den §§ 365_2, 366, 368: bis zu 60 M., im § 369 bis zu 100 M.).

Demgemäß darf zwar im Falle des § 365_1 beim Höchstbetrage der — allein angedrohten Geldstr. von nur 15 M. nach §§ 28 f. eine Haftstrafe von 15 T. für den Fall der Unbeibringlichkeit festgesetzt werden, dagegen darf gemäß § 29_2 in den Fällen der §§ 365_2, 366, 368 dem Höchstbetrage von 60 M. nur eine Haftstrafe von 14 T. festgesetzt werden, ferner im Falle des § 369 nur eine solche von 4 W.

b) Wegen Nebenstrafen vgl. § $362_{2,3}$. Ehrenstrafen sind als Nebenstrafen gänzlich ausgeschlossen.

c) Wegen der polizeilichen Maßregel der Einziehung (T. I Abschn. 1 N. 4d) vgl. §§ 360_2, 367_8, 369_2.

9) Die Strafverfolgung verjährt nach § 67_2 in 3 Mt.

10) Zuständig ist SchöffenG. bzw. AR.; GVG. § 27[1], StPO. § 211_2. Wegen amtsrichterl. Strafbefehls (der nicht auf Überweisung an die LPBehörde — § 362_2 — lauten darf) und wegen Zulässigkeit einer poliz. Strafverfügung vgl. StPO. §§ 447, 453.

§. 360.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1) wer ohne besondere Erlaubniß Risse von Festungen oder einzelnen Festungswerken aufnimmt oder veröffentlicht;

2) wer außerhalb seines Gewerbebetriebes heimlich oder wider das Verbot der Behörde Vorräthe von Waffen oder Schießbedarf aufsammelt;

3) wer als beurlaubter Reservist oder Wehrmann der Land- oder Seewehr ohne Erlaubniß auswandert, ebenso wer als Ersatzreservist erster Klasse auswandert, ohne von seiner bevorstehenden Auswanderung der Militärbehörde Anzeige erstattet zu haben;

4) wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von Metall- oder Papiergeld, oder von solchen Papieren, welche nach §. 149 dem Papiergelde gleich geachtet werden, oder von Stempelpapier, Stempelmarken, Stempelblanketten, Stempelabdrücken, Post- oder Telegraphenwerthzeichen, öffentlichen Bescheinigungen oder Beglaubigungen dienen können, anfertigt oder an einen Anderen als die Behörde verabfolgt;

5) wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde den Abdruck der in Nr. 4 genannten Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder Formen, oder einen Druck von Formularen zu den daselbst bezeichneten öffentlichen Papieren, Beglaubigungen oder Bescheinigungen unternimmt, oder Abdrücke an einen Anderen als die Behörde verabfolgt;

6) wer Waaren-Empfehlungskarten, Ankündigungen oder andere Drucksachen oder Abbildungen, welche in der Form oder Verzierung dem Papiergelde oder den dem Papiergelde nach §. 149 gleich geachteten Papieren ähnlich sind, anfertigt oder verbreitet, oder wer Stempel, Stiche, Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von solchen Drucksachen oder Abbildungen dienen können, anfertigt;

7) wer unbefugt die Abbildung des Kaiserlichen Wappens oder von Wappen eines Bundesfürsten oder von Landeswappen gebraucht;

8) wer unbefugt eine Uniform, eine Amtskleidung, ein Amtszeichen, einen Orden oder ein Ehrenzeichen trägt, oder Titel, Würden oder Adelsprädikate annimmt, ingleichen wer sich eines ihm nicht zukommenden Namens einem zuständigen Beamten gegenüber bedient;

9) wer gesetzlichen Bestimmungen zuwider ohne Genehmigung der Staatsbehörde Aussteuer-, Sterbe- oder Wittwenkassen, Versicherungsanstalten oder andere dergleichen Gesellschaften oder Anstalten errichtet, welche

bestimmt sind, gegen Zahlung eines Einkaufsgeldes oder gegen Leistung von Geldbeiträgen beim Eintritte gewisser Bedingungen oder Fristen, Zahlungen an Kapital oder Rente zu leisten;

10) wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Noth von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hülfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte;

11) wer ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt oder wer groben Unfug verübt;

12) wer als Pfandleiher oder Rückkaufshändler bei Ausübung seines Gewerbes den darüber erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt, insbesondere den durch Landesgesetz oder Anordnung der zuständigen Behörde bestimmten Zinsfuß überschreitet;

13) wer öffentlich oder in Aergerniß erregender Weise Thiere boshaft quält oder roh mißhandelt;

14) wer unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glücksspiele hält.

In den Fällen der Nummern 1, 2, 4, 5, 6 und 14 kann neben der Geldstrafe oder der Haft auf Einziehung der Risse von Festungen oder Festungswerken, der Vorräthe von Waffen oder Schießbedarf, der Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder anderen Formen, der Abdrücke oder Abbildungen, oder der auf dem Spieltische oder in der Bank befindlichen Gelder erkannt werden, ohne Unterschied, ob sie dem Verurtheilten gehören oder nicht.

PrStGB. §§ $340^{1,2}$, 100, 340^{3-5}; PrKabO. v. 16. Okt 1831; PrStGB. §§ 105, $340^{6,7,9}$, 349^{6}, $340^{10,11}$. Btr. Nr. 1—9, 11—14: Entw. I §§ $348^{1,2}$, 122 Abs 2, 348^{3-6}, 117, $348^{7,9-12}$, II §§ $356^{1,2}$, 138 Abs. 2, $356^{3-8,10-13}$, insb. btr. Nr. 4: Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. IV. Aktenst. 1890/91 Nr. 36. Btr. Nr. 10: Entw. I, II (fehlt). Aktenst. Nr. 65 II 15, 102. 124 I 1; StB. S. 468—470, 761 f. Entw. d. StGN. Art. I § $360^{3,4,7,12}$; Aktenst. 1875/76 Nr. 54; StB. S. 1005—1007. Btr. Nr. 12: Entw. eines G. btr. d. Wucher v. 24. Mai 1880 Art. II; StB. 1880 Bd. III Aktenst. Nr. 58.

Vgl. zu Nr 3: StPO. §§ 470, 472; G. btr. Aenderungen d. Wehrpflicht v. 11. Febr. 1888 Art. II § 4^{3}; Nr. 9: G. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 § 108 Abs. 3; Nr. 10: StrandungsO. v. 17. Mai 1874 § 9; Nr. 12: GewerbeO. § 148 Nr. 4a.

Zu Nr. 1.

a) In Nr. 1 ist nicht etwa eine Vorbereitungshdlg. unter eine selbständige Strafandrohung gestellt (§ 43 N. 28 b), vielmehr ist lediglich dem polizeilichen Gesichtspunkte der Verhütung einer dem DR. (§ 92[1]), insbs. dessen Kriegswesen (v. Liszt S. 608), drohenden Gefahr Rechnung getragen; vgl. dagegen Binding Lb. 2 492 u. Normen 1 403 N. 22, der neben dem letzteren Gesichtspunkt den der möglichen Vorbereitung o. Beih. zum Geheimnisverrat stellt.

b) Aus dem nach der Natur der Sache sich ergebenden Zwecke der Vorschrift (a) und dem in T. II Abschn. 6 N. 1 hervorgehobenen Prinzip des StGB. folgt, daß unter „Festungen ꝛc." nur Deutsche Festungen zu verstehen sind; so die GM.

c) Der Begriff „Risse" ist nach dem Zwecke des Verbots möglichst allgemein zu fassen, so daß jede Zeichnung darunter fällt, die Festungen ꝛc. ihrer wirklichen Beschaffenheit nach in mehr oder weniger ausführlicher Weise darstellt, nicht also bloß eine das Einzelne mit einer gewissen Genauigkeit angebende Zeichnung; ROHG. 18. Okt. 78 E. 24 131.

d) Nach dem Begriffe der „Öffentlichkeit" (§ 110 N. 5) ist ein Riß „veröffentlicht",

wenn er unbestimmt welchen und wie vielen Personen, d. h. dem Publikum, zugänglich gemacht ist. Deshalb ist die Mitteilung eines Exemplars an einen anderen keine Veröffentlichung (Oppenh.-D. N. 3), doch kann die Hdlg. als Landesverrat o. aus dem SpionageG. strafbar sein; Hälschner 2 1000. Da „veröffentlichen" begrifflich ein vorsätzliches Handeln bezeichnet, so fällt eine fahrl. Aufbewahrung auch dann, wenn die Folge davon öffentl. Bekanntwerden des Risses sein sollte, nicht unter den Tatbestand der Nr. 1; Rotering N. 1₁.

e) Beide Hdlgen, das „Aufnehmen" wie das „Veröffentlichen" von Rissen, die auch unter die Strafvorschriften des SpionageG. (§§ 1, 2 bzw. 3, 4) fallen können, sind regelmäßig verboten; nur durch „besondere Erlaubnis" wird die Rechtswidrigkeit aufgehoben und dadurch die Hdlg. zu einer straflosen. Die erforderliche Erlaubnis ist lediglich von der zuständigen Militärbehörde zu erteilen, weshalb es auch nicht Sache des Richters sein kann, zu prüfen, ob eine Zeichnung militärische Bedeutung habe bzw. ob sie eine Gefährlichkeit in sich schließe; zit. ROHG.

f) Beide Hdlgen (wegen „veröffentlichen" vgl. d) sind zwar begrifflich vorsätzliche (Hälschner 2 1000, Rotering N. 1₁), dennoch aber ist entsprechend dem Charakter als Polizeidelikt (Abschn. 29 N. 2₂) nicht bloß vorsätzliches, sondern insofern auch fahrlässiges Zuwiderhandeln bedroht, als Strafe dann eintritt, wenn der Täter aus fahrl. Irrtum glauben sollte, die erforderliche „besondere Erlaubnis" seitens der zuständigen Behörde (e) erhalten zu haben; so: Frank N. I, Rotering N. 1₂; aM. Binding Lb. aO.

Zu Nr. 2.

a) In Nr. 2 ist ein reines Polizeidelikt aufgestellt sowohl zur Verhütung einer Gefährdung des Reichs 2c. gegen Hoch- u. Landesverrat (Berner S. 687), als auch des öffentlichen Friedens (v. Liszt S. 563); vgl. Rotering N. 2₁, nach dem es um ein Ergänzungsdelikt zum § 127 sich handelt, während Binding Lb. 2 903 u. Normen 1 403 N. 22 eine mögliche Vorbereitungs- bzw. Versuchshdlg. in ihr erblickt.

b) „Vorräte" von „Waffen" — und zwar im technischen S. des § 127 (das. N. 2a); RG. I 22. Nov. 88 R. 10 683 (gelegentlich), Binding Lb. aO., Merkel HH. 4 407, Oppenh.-D. N. 7, — oder an „Schießbedarf". Nach dem Begriff des „Vorrates" (§ 308 N. 3f) ist die Waffensammlung eines Liebhabers nicht als „Vorrat von Waffen" anzusehen; Berner S. 688, Frank N. II, Rüd.-St. N. 2; mit Rücksicht auf das Verhältnis zum § 127 (s. o. a) erachtet Rotering N. 2₂ als „Vorrat" solche „Quantitäten, die eben auch hinreichen eine gesammelte Mannschaft zu bewaffnen".

c) Das „Aufsammeln" (vgl. § 127 N. 2b) — ein vorsätzliches Zusammenbringen bezeichnend (Rotering N. 2₁) — kann auch schon durch einmalige Anschaffung bewirkt werden (Oppenh.-D. N. 8), stellt aber in der Regel als eine fortgesetzte Hdlg. sich dar (§ 73 N. 7b); Rotering N. 2₂.

d) Die Hdlg des Aufsammelns von Waffen 2c. ist wegen GewerbeO. § 1 lediglich „außerhalb des Gewerbebetriebes" (Frank N. II) strafbar; aber auch dann nur, wenn sie geschah: entweder α. „heimlich", oder β. „wider das Verbot der Behörde". Welche Behörde zuständig ist, läßt allgemein sich nicht sagen; denn außer den Polizeibehörden (die Oppenh.-D. N. 6 als gemeint ansieht) können unter Umständen auch andere Behörden, z. B. militärische, in Betracht kommen.

e) Wenn auch die Hdlg. des „Aufsammelns" selbst notwendig vorsätzlich geschehen muß (c) und wenn auch das Erfordernis der „Heimlichkeit" (§ 259 N. 9) begrifflich auf eine absichtliche Tätigkeit deutet (Rotering N 2₁), so daß diese Alternative trotz des Charakters als Polizeidelikt ihrem Tatbestande nach nur vorsätzlich begangen werden kann, so kann bei der zweiten Alternative die Zuwiderhdlg. gegen das behördliche Verbot auch fahrlässig geschehen; so Frank N. II; aM. Rotering N. 2₁.

Zu Nr. 3.

a) Die einen Mischtatbestand enthaltende Nr. 3, die mit § 140³ sich ergänzt, ist im polizeilichen Interesse der Verhütung einer Gefährdung des Kriegswesens gegeben.

b) Subjekt ist im Falle des ersten Mischtatbestandes: ein „beurlaubter Reservist oder Wehrmann der Land- oder Seewehr", d. h. jeder, der zu den „Mannschaften"

(§ 113 N. 9) der Reserve und Landwehr (RMG. § 56[1]) bzw. der Seewehr oder zu den nicht im Offizierrange stehenden Beamten, den sog. unteren Militärbeamten, derselben gehört. Vergrößert wird jene Kategorie noch durch die Ersatzreservisten, da nach Art. II § 11 des G. btr. Änderungen der Wehrpflicht v. 11. Feb. 1888 „die der Ersatzreserve überwiesenen Personen" zu den „Mannschaften des Beurlaubtenstandes" gehören und allen für die letzteren gegebenen Bestimmungen unterworfen sind, insoweit nicht jenes Gesetz selbst besondere Festsetzungen trifft, was in dieser Beziehung nicht geschehen; Binding Lb. 2 691. Andererseits aber scheiden aus die Mannschaften der Land- u. Seewehr 2. Aufgebotes (G. v. 11. Feb. 1888 Art. II §§ 4[3], 21[4]; s. u. β), so daß außer den Reservisten und Ersatzreservisten als Subjekte der Übertr. nur Mannschaften der Land- und Seewehr 1. Aufgebots in Betracht kommen — und zwar alle nur insofern sie „beurlaubt" sind, deshalb nicht mehr „die aus dem Beurlaubtenstande zum Dienste einberufenen Mannschaften von dem Tage, zu welchem sie einberufen sind, bis zum Ablauf des Tages der Wiederentlassung"; denn diese gehören nach RMG. § 38 B 1 zum „aktiven Heere".

β. Im Falle des zweiten Mischtatbestandes ist Subjekt ein „Ersatzreservist erster Klasse"; solche gibt es nach dem G. v. 11. Feb. 1888 nicht mehr, da es im Art. II §§ 8 ff. nur eine Kategorie der „Ersatzreserve" kennt; indem aber ferner die Ersatzreservisten jetzt zu den Mannschaften des Beurlaubtenstandes gehören (α), so würde dieser zweite Mischtatbestand gegenstandslos geworden sein, wenn nicht nunmehr die zur Land- und Seewehr 2. Aufgebots gehörigen „Personen" (nicht bloß Mannschaften!), wie früher die Ersatzreservisten 1. Kl., verpflichtet wären, von ihrer bevorstehenden Auswanderung der zuständigen Militärbehörde Anzeige zu machen und die Unterlassung dieser Anzeige nach G. v. 11. Feb. 1888 Art. II § 4[3] der im § 360 StGB. angedrohten Strafe unterläge; so Binding aO.; vgl. Oppenh.-O. N. 11.

c) Beide Fälle des Mischtatbestandes erfordern ein „Auswandern" (§ 140 N. 8), jedoch mit dem bedeutsamen Unterschiede, daß der Täter ausgewandert sein muß:

α. im Falle des ersten Mischtatbestandes „ohne Erlaubnis"; es ist also den als Subjekten in Betracht kommenden Personen regelmäßig verboten und fällt die Rechtswidrigkeit nur weg infolge der von der zuständigen Behörde erteilten Erlaubnis; diese erfolgt lediglich nach dem IndigenatsG. §§ 14 f. (also auch ohne „Genehmigung der Militärbehörde"; Bem. RMG. § 60[1]) und stellt demnach sich dar als Erteilung der Urkunde über die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit (Oppenh.-O. N. 11), die — von den Zeiten eines Krieges o. einer Kriegsgefahr abgesehen (§ 17 das.) — den hier in Frage stehenden Personen nach § 15[3] das. nur verweigert werden darf, nachdem sie „zum aktiven Dienst einberufen worden sind";

β im Falle des zweiten Mischtatbestandes „ohne von seiner bevorstehenden Auswanderung der — zuständigen (so nach G. v. 11. Feb. 1888 Art. II § 4[3]) — Militärbehörde Anzeige erstattet zu haben"; vgl. o. bβ. Die „zuständige Militärbehörde" bestimmt sich nach WehrO. § 113[1] (vgl. auch das. § 111 N. 16 b, c).

d) Das Wesen der strafb. Hdlg. ist in den beiden Fällen des Mischtatbestandes ein ganz verschiedenes.

α) Im Falle des ersten Mischtatbestandes liegt in dem „unerlaubten Auswandern", dem militärisch sog. Verziehen ins Ausland, wodurch die Staatsangehörigkeit nicht ohne weiteres, sondern erst infolge einer Verlustigkeitserklärung oder eines zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalts im Auslande verloren geht, ein dauerndes Zuwiderhandeln, indem es in der Form des Sichaufhaltens außerhalb des Bundesgebietes ohne Erlaubnis sich fortsetzt; es handelt sich somit um ein sog. Dauerdelikt, weshalb auch die Verjährung der Strafverfolgung (§ 67 N. 15 I a α) nicht schon mit der Entfernung selbst beginnt, sondern erst mit der Aufgabe des Verharrens in der Pflichtverletzung, d. h. also namentl. mit der Einholung der Erlaubnis bzw. mit der Rückkehr ins Inland, aber auch mit dem Verluste der Staatsangehörigkeit, da damit die Wehrpflicht und somit auch die Heerespflicht erlischt. So: Berlin OTr. 1. Juni 72, 8. Apr. 73, 11. Sept. 74, 17. Okt. 77, St. 1 315, 2 363, 4 212, 8 306, OAG. 21. Juni 73 O. 15 455 (vgl. jedoch G. 21 456, wo-

nach es tatsächlich um einen Fall des zweiten Mischtatbestandes [β] sich gehandelt hat), Frank N. III, Meves N. 7. AM.: Binding Hb. 1 836 N. 11 u. Lb. 2 691 N. 3, Oppenh.-D. N. 17, Rubo N. 6, Herbst G. 22 100, die nur die Verabsäumung einer Kontrollmaßregel für mit Strafe bedroht ansehen und deshalb die Verjährung mit der Entfernung beginnen lassen.

β) Im Falle des zweiten Mischtatbestandes dagegen besteht das strafwidrige Verhalten lediglich in der Verabsäumung der Erstattung der vorgeschriebenen Anzeige; eine Fortsetzung des strafb. Verhaltens durch das Verbleiben im Ausl. kann nicht stattfinden, weil Auswandern an sich nicht verboten ist, einer Erlaubnis nicht bedarf; so: Frank N. III, Oppenh.-D. N. 17, Krantz G. 43 202 ff., auch das zit. Berlin St. 4 212 (während in O. 14 455 der Unterschied verkannt ist); aM. Meves N. 8.

e) Wenn auch das „Auswandern“ selbst stets ein vorsätzliches ist, so ist doch in beiden Fällen des Mischtatbestandes, dem Charakter als Polizeidelikt entsprechend (Abschn. 29 N. 2₁), auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. insofern strafbar, als Strafe selbst dann eintritt, wenn jemand in fahrlässigem Irrtum über die erhaltene Erlaubnis oder erstattete Anzeige auswanderte; so Rotering N. 3₁; aM.: Binding Lb. 2 691, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 16 u. Rüd.-St. N. 4, die vorsätzl. Zuwiderhandeln verlangen. Der Glaube, daß das Vorwissen der Behörde genüge, würde nach § 59₂ die Strafbarkeit nicht beseitigen können; Rotering N. 3₁,₂.

f) Wegen des Verfahrens vgl. StPO. B. VI Abschn. 4.

Zu Nr. 4 und 5.

a) Beide Nr. verfolgen den polizeilichen Gesichtspunkt der Verhütung von Münz-, Stempel- und Urkundendelikten (vgl. auch § 151 N. 3), nach Erlaß des G. v. 13. Mai 1891, das die gleichmäßige Behandlung der Stempelwertzeichen und der Post- u. Telegraphenwertzeichen auch hier durchführen wollte (§ 275 N. 1 b), aber auch der Delikte an den letzteren Wertzeichen; vgl. darüber Dambach Telegraphenstrafr. S. 81 f. Binding Lb. 2 337 u. Normen 1 403 N. 22 hebt den Gesichtspunkt der möglichen Vorbereitungs- bzw. Gehilfenhdlg. hervor. Findet wirklich Beihilfe o. strafb. Vorbereitung zum Münzverbrechen statt, so bleiben die subsidiären Vorschriften der Nr. 4, 5 außer Anwendung; v. Kries ZStrW. 7 570, Gerland GS. 59 286.

b) Gleichmäßige Voraussetzung für beide Nr. bildet eine „ohne schriftlichen (§ 61 N. 26) Auftrag einer Behörde“ vorgenommene Tätigkeit. Wegen „Behörde“ vgl. § 114 N. 1 sowie RG. VStS. 14. Nov. 88 E. 18 246, das die Frage aufwirft, ob ein Preuß. Notar i. S. dieser Gesetzesvorschrift eine Behörde sei. Angenommen ist, daß selbst die Verwaltung einer Privateisenbahn bei Abstempelung der Frachtbriefformulare unter der öffentlichen Autorität des Bundes für die Herbeiführung eines im öffentl. Interesse liegenden Zweckes tätig sei, weshalb auch die Anfertigung und der Abdruck eines Stempels, der zur Beglaubigung des Frachtbriefformulars einer Privateisenbahn dienen kann, unter die Nr. 4 u. 5 fällt; Berlin 15. Okt. 78 O. 19 464 (aM. Oppenh.-D. N. 21). Die an sich verbotene Hdlg. wird erlaubt und straflos zufolge „Auftrages einer Behörde“; daß der Auftrag seitens der zuständigen Behörde erteilt sein müsse, sagt das Gesetz nicht und ist deshalb auch kein Erfordernis; die Zuständigkeit würde für den Privaten oft schwer zu prüfen sein; so: Frank N. IV, Gerland GS. 59 287, v. Schicker Württb. Polizeistrafr. N. 2 (zu Unrecht dem Komm. die gegenteilige Ansicht zuschreibend); aM.: Meves N. 12, Oppenh.-D. N. 23.

c) In Nr. 4 wird bedroht derjenige, der „Stempel, Siegel ꝛc. (letzteres hier anders als im § 136 [das. N. 1], aber entsprechend § 151 [das. N. 1] das Werkzeug bezeichnend, mittels dessen der Abdruck eines gewissen Zeichens in einem weichen Körper erfolgt; RG. III 22. Dez. 80 R. 2 663) und andere Formen, welche zur Anfertigung von Metall- o. Papiergeld ꝛc. dienen können, anfertigt (vgl. § 151 N. 3) oder an einen anderen als die Behörde verabfolgt“, d. h. an die bestellende Behörde; auch an einen einzelnen ihrer Beamten darf die Verabfolgung nur geschehen, sofern er die Behörde vertritt oder von ihr zur Abnahme ermächtigt ist; vgl. Meves N. 17. Fahrlässiges Aufbewahren, infolgedessen die Stempel ꝛc. in die Hände Dritter kommen, ist kein „Verabfolgen“, das vielmehr eine vorsätzliche Hdlg. bezeichnet; Rotering N. 4₁, Gerland GS. 59 288.

Ob „Stempel" 2c. zur Anfertigung von Metallgeld 2c. „dienen können", d. h. „dienlich sind" (§ 151 N. 1), bzw. welche Bedeutung etwaigen Abweichungen von den zur Herstellung von Geld bestimmten öffentl. Stempeln zukommt (vgl. § 146 N. 3), ist Tatfrage; München OLG. 2. Dez. 90 E. 6 293, Berlin KG. 5. Dez. 95 G. 43 411. Deshalb insbs. auch, ob Schwarzdruckplatten zur Anfertigung von Post- u. Telegraphenwertzeichen, also fertiger Falschstücke dienen können; vgl. hierüber den Komm.Bericht Aktenst. Nr. 242 S. 1845 f.

d) Nach Nr. 5 ist strafbar das „Unternehmen des Abdrucks eines solchen Stempels 2c." sowie wiederum die Verabfolgung von Abdrücken an Unbefugte (c). Wegen „Unternehmen" vgl. § 105 N. 2; § 82 kommt nicht zur analogen Anwendung; so Frank N. V, auch Rotering N. 5_2 (im übrigen unklar); aM. dagegen v. Schwarze N. 5, während Oppenh.-D. N. 26 u. Gerland GS. 59 291 die dort gegebene Begriffsbestimmung für nicht ganz passend erachten, da keine Hdlg. in Frage stehe, durch welche ein demnächstiger Erfolg erzielt werden solle; vgl. auch schon Sontag G. 19 305.

e) Obgleich sämtliche Hdlgen als solche ihrer Natur nach vorsätzliche sind, kann die Übertr. doch auch fahrlässig begangen werden ihrem Charakter als Polizeidelikt entsprechend (Abschn. 29 N. 2_2); so auch Rotering N. 4_3, 5_4, z. B. für den Fall unentschuldbaren Irrtums über das Vorhandensein eines schriftl. Auftrages bzw. dessen Tragweite, ebenso Gerland aO. 288; dagegen verlangt Rotering N. 4_1 u. gleichmäßig Binding Lb. 2 336 zu Unrecht das Bewußtsein, daß die Formen 2c. zu dem im Gesetze bezeichneten Zwecke geeignet seien. Auch in dieser Beziehung genügt jedoch fahrlässiger Irrtum zur Bestrafung; Gerland aO.

Zu Nr. 6.

a) Eine polizeiliche Strafandrohung zum Schutze des Münzwesens; vgl. auch § 146 N. 4. Die einzelnen Hdlgen sind auch hier vorsätzliche (wegen „Verbreiten" vgl. § 110 N. 10 ff. sowie Berlin 20. Juni 73 St. 3 42, das im Anschluß an die überwiegende M. annimmt, daß das Inverkehrbringen auch nur eines Exemplars genügen könne; ebenso Rotering N. 6_1); dennoch kann auch diese Zuwiderhdlg. insofern fahrlässig verübt werden, als der Täter z. B. über die „Dienlichkeit" der Formen (s. o. Nr. 5c) fahrlässigerweise sich irren kann; so Frank N. VI; aM.: Binding Lb. 2 336 (der jedoch fahrl. Begehung in anderer Beziehung für möglich hält), Rotering N. 6_2, $_3$, der Täter müsse die Ähnlichkeit bzw. Eignung der Drucksachen bzw. Formen kennen. Dagegen ist die objektive Rechtswidrigkeit auch hier (Abschn. 29 N. 2_2) Voraussetzung für die Strafbarkeit, so daß Nr. 6 nicht anwendbar ist bei Herstellung von Abbildungen, die von berufener Seite zum Schutze des Publikums erfolgen; v. Schwarze N. 6 A. 6.

b) Wann die vom Gesetze erforderte „Ähnlichkeit" vorliege, untersteht wesentlich tatsächlicher Beurteilung; zutreffend führt aber München OberstesLG. 28. März 03 E. 3 263 aus, daß die Nr. 6 nicht bloß die Fälle der Ähnlichkeit der Drucksache 2c. mit einer bestimmten einzelnen Gattung der in § 149 bezeichneten Papiere betreffe, sd. auch Fälle, in denen sie in Form o. Verzierung Merkmale aufweist, wie sie im allg. bei jenen Wertpapieren sich vorzufinden pflegen. Wenn Oppenh.-D. N. 30 u. Rüd.-St. N. 10 bestreiten, daß „Abbildungen" in numismatischen Werken hierher gehörten, weil sie dem Papiergelde im Format bzw. in der Gesamtgestaltung nicht ähnlich seien, so genügt einerseits die Ähnlichkeit entweder in der Form oder in der Verzierung, ferner aber macht die Verfolgung eines erlaubten Zweckes an sich die Hdlg. noch nicht straflos; eine beiderseitige Abbildung kann hiernach, trotzdem sie in der Mitte eines ganzen Blattes eines Buches sich befindet, unter Nr. 6 fallen; so auch Frank N. VI u. Vorberg Einziehung S. 60.

Zu Nr. 7.

a) Der „unbefugte (§ 123 N. 14) Gebrauch" (d. h. die nach außen hervortretende Verwendung in Verfolgung bestimmter Zwecke) „einer Abbildung des Kais. Wappens 2c." erscheint nicht als ein bloß „polizeiliches Unrecht" (so jedoch Hälschner 1 319 N. 1), sondern vielmehr als ein Eingriff in die Sonderrechte des Reichsoberhauptes 2c. (Rotering N. 7_1), also als eine „Rechtsanmaßung" (Binding Lb. 2 507 u. Normen 1 332), bzw. als eine Mißachtung der Staatsgewalt i. w. S. (v. Liszt S. 572). Deshalb ist, da das fahrl. Zuwiderhandeln

nicht ausdrücklich als strafbar bezeichnet wird, nur die vorsätzliche Übertretung strafbar (T. I Abschn. 4 N. 4₂), so daß das Bewußtsein des Mangels der zustehenden Befugnis eine notwendige Voraussetzung bildet; so: Binding aO., Frank N. VII, Rotering N. 7₂, aber auch Hälschner aO.; aM. Meves N. 24. Daß durch die Bestimmung nur ein „Gebrauch“ zu Täuschungszwecken getroffen werden solle, ist aus dem Gesetze selbst nicht zu entnehmen; die Fassung der Motive zum Entw. d. StGB. ist demgegenüber nicht von maßgebender Bedeutung; Dresden OLG. 30. Jan. 93 SächsA. 15 112.

b) Das „Kaiserliche Wappen“ ist durch Nr. 2 des Allerh. Erlasses v. 3. Aug. 1871 (RGBl. 318) festgestellt; der Gebrauch und die Abbildung des Kais. Adlers in der durch jenen Erlaß festgesetzten Form ist durch Allerh. Erlaß v. 16. März 1872 „allen D. Fabrikanten zur Bezeichnung ihrer Waren und Etiketten“ gestattet, jedoch ist nach der Bekanntmachung btr. die Ausführung desselben v. 11. Apr. 1872 (RGBl. 90, 93) dabei „die Form des Wappenschildes“ ausgeschlossen.

c) Unter „Landeswappen“ sind, wie die Zusammenstellung mit „Wappen eines Bundesfürsten“ zweifellos ergibt, nur Wappen Deutscher Bundesstaaten zu verstehen (vgl. auch T. II Abschn. 6 N. 1); RG. III 3. Dez. 00 E. 34 26 (32), Binding aO., Frank N. VII, Rubo N. 17, Rüd.-St. N. 11, v. Schwarze N. 7. Provinzial- und Städtewappen sind nicht gemeint; Meves N. 20.

d) Nicht in die Augen fallende Abweichungen der Nachbildung schließen die Strafbarkeit nicht aus; Dresden OLG. 29. Okt. 91 SächsA. 13 126, Meves N. 21, Oppenh.-D. N. 33b.

Zu Nr. 8.

a) Wie die Übertr. aus Nr. 7, so erscheint auch die aus Nr. 8 nicht als bloßes Polizeidelikt, sondern als Verletzung des Rechtsgutes der staatl. Autorität bzw. hinsichtlich des letzten Mischtatbestandes als ein Eingriff in die staatl. Verwaltung; so: Binding Lb. 2 512, v. Liszt S. 572, Rotering N. 8; aM. wiederum Hälschner 1 319 N. 1. Hieraus folgt, daß in Beziehung des letzten Mischtatbestandes — der Führung falschen Namens — der Eingriff in ein Privatrecht (vgl. BGB. § 12) nicht vorzuliegen, der geführte falsche Name sonach nicht zu existieren braucht (Oppenh.-D. N. 56, Rotering N. 8), andererseits aber, daß die Materie der strafb. Führung eines falschen Namens keineswegs vollständig geregelt ist und somit weitergehende landesgesetzl. Bestimmungen noch in Kraft sind; Rotering aO. und insbs. bezügl. der PrKabO. v. 15. Apr. 1822 wg. unbefugter Abänderung des Familien- o. Geschlechtsnamens sowie des Allerh. Erlasses v. 12. Juli 1867 btr. die Erteilung der Genehmigung zu Namensänderungen Berlin KG. 27. Sept. 88 G. 37 306, 12. Apr. 00 Jahrb. 20 C 100.

b) „Unbefugtes (§ 123 N. 4) Tragen einer Uniform ꝛc.“ liegt beim Verstoß gegen Vorschriften des inneren Dienstes (vgl. z. B. Bekleidungsvorschriften f. Offiziere des Beurlaubtenstandes) nicht vor; Frank N. VIII 1, Oppenh.-D. N. 42. Im übrigen schützt die Vorschrift nach allg. Redaktionsmethode des StGB. (vgl. T. II Abschn. 6 N. 1) nur inländische Einrichtungen, also namentl. nur inl. Zivil- o. Militäruniformen, so daß das unbefugte Tragen einer ausl. Uniform ebensowenig strafbar ist, wie das einer willkürlich gewählten Uniform, wie z. B. der einer Wach- o. Schließgesellschaft; Frank aO. Wohl aber ist strafbar das unbefugte Tragen eines ausl. Ordens, weil zur Anlegung eines solchen die landesherrliche Genehmigung erforderlich; Oppenh.-D. N. 38, Rotering N. 8, Frank aO.; im übrigen verwirft dieser, desgl. Rüd.-St. N. 13 u. v. Schwarze N. 8 den Unterschied zwischen inl. und ausl. Uniformen überhaupt, Rüd.-St. auch den zwischen sog. Phantasie- u. anderen Uniformen.

α) Wann jemand „eine Uniform o. ein Amtskleid trage“ (s. auch u. f), ist wesentlich tatsächlich zu entscheiden (v. Schwarze N. 8 A. 7), doch wird der Gesichtspunkt maßgebend sein müssen, ob es den Anschein hat, daß der Betreffende im ganzen uniformiert sei; Frank N. VIII 1, Oppenh.-D. N. 43. Das Tragen eines einzelnen Uniformstücks, z. B. einer Dienstmütze, kann als Tragen eines Amtszeichens sich darstellen. Die Tracht des Geistlichen fällt, entsprechend dem § 359 (das. N. 15 b I β), nicht unter den Begriff der „Amtskleidung“; Binding Lb. 2 512 N. 7, Oppenh.-D. N. 41.

β) Zu den „Ehrenzeichen" gehört nicht die im § 34¹ (das. N. 2) erwähnte „Landeskokarde". Jedoch gelten etwaige landesgesetzl. Bestimmungen, die deren unbefugtes Tragen bei Strafe verbieten, so die PrKabO. v. 13. Okt. 1824 Nr. 7, wonach das unbefugte Tragen der „Nationalkokarde" wie das unbefugte Tragen von Orden rc. bestraft werden soll; Oppenh.-D. N. 46.

c) Wegen „unbefugter Annahme von Titeln rc." vgl. im allgemeinen o. zu b sowie § 33 N. 7. Das „Annehmen" setzt voraus, daß jemand ernstlich den Titel rc. sich beilegt (München OLG. 3. Dez. 95 E. 8 437), was nicht nur dann der Fall sein kann, wenn der Täter selbst sich den Titel beilegt, sd. auch dann, wenn er anderen den Glauben beibringt, ihm komme der Titel zu, und sie dadurch zur Anwendung desselben auf ihn bestimmt; RG. I 16. Juni 00 E. 33 305. Ein „unbefugtes Annehmen" eines Titels rc. liegt auch dann vor, wenn der Titel trotz erfolgter rechtmäßiger Wiederentziehung dennoch weitergeführt wird (vgl. über die Frage, inwiefern der Landesherr eine staatl. verliehene Auszeichnung entziehen könne, West ThüringBl. 46 289 ff.); insbs. ist mit Recht ein unbefugtes Annehmen in einem Falle bejaht, wo ein zum Doktor auf einer D Universität Promovierter nach Aberkennung der bER. den Doktortitel weiter gebrauchte (Berlin KG. 12. März 96 G. 44 63), andererseits aber von Berlin 29. Nov. 77 St 8 307 in einem Falle verneint, wo jemand einen Doktortitel führte, der ihm von einer zur Verleihung berechtigten ausl. Universität, jedoch ohne Beachtung der vorgeschriebenen Bedingungen, verliehen war. Zutreffend erscheint auch Dresden OLG. 12. Jan. 91, 10. Apr. 02, SächsA. 12 404, 23 415, das Nr. 8 in Fällen anwendete, wo jemand den Doktortitel unbeschränkt gebrauchte, während ihm die Würde von einer ausl. Fakultät nur beschränkt als Dr. of dental surgery bzw. dentariae chirurgiae verliehen war, in der Erwägung, daß alle unter der Abkürzung „Dr." zu verstehenden, unter sich gleichwertigen Doktortitel die Bedeutung hätten, stets eine umfassende Ausbildung auf dem gesamten Gebiete der btr. Fakultätswissenschaft anzuzeigen. Ist die Führung eines ausl. Doktortitels von einer inl. Genehmigung abhängig, wie z. B. in Preußen, so ist die Führung ohne diese unbefugt (s. o. b).

α) Unter „Titel" sind nur solche Bezeichnungen zu verstehen, die durch höhere Verleihung von Staats wegen erworben werden o. mit einer bestimmten Rangstellung verknüpft sind, deren Träger, wenn sie auch keine Beamten sind, mindestens dem Publikum gegenüber eine öffentlich-rechtl. Stellung im Leben einnehmen; so die GM., insbs. RG. III 2. Mai 04 E. 37 175; vgl. aber Frank N. VIII 2, es gebe Titel, die nur zum Zwecke der Auszeichnung verliehen würden, welchem Zwecke sich der der Rangstellung als Spezialfall unterordne; neben diesen „Ehrentiteln" werden weiter „Amtstitel" u. „Berufstitel" unterschieden. Auch auf geistliche Stellungen kann die Bezeichnung „Titel" angewendet werden; ein Widerspruch zu der o. N. bα vertretenen Ansicht liegt darin nicht; so die GM., insbs. Berlin 14. Feb. 77 O. 18 126, Dresden OLG. 3. Apr. 04 SächsA. 26 387; aM.: Binding Lb. 2 512 N. 7, Oppenh.-D. N. 47. Dementsprechend ist als „Titel" angesehen die Bezeichnung: Rechtsanwalt; RG. II 31. Mai 01 E. 34 271, zit. E. 37 175, München OberstLG. 23. Okt. 02 E. 3 58, Colmar OLG. 28. März 93 G. 40 458, in Preußen zuf. der JMB. v. 25. Sept. 99 (PrJMBl. S. 272) auch: Prozeßagent; Breslau, Cöln, OLG. 12. Sept. 00, 12. März 01, G. 49 328, 48 318; Privatdozent; Berlin KG. 29. Apr. 01 G. 48 314 ff., insbs. für Pr. Universitäten Hubrich GS. 59 338; ferner in einzelnen Bundesstaaten: Aktuar in Pr.; RG. III 28. Jan. 84 R. 9 318; Sekretär im Königr. Sachsen; Dresden OLG. 25. Aug. 04 SächsA. 26 390. Ob „Hoflieferant" ein Titel ist, ist streitig; die Frage dürfte richtiger mit Frank N. VIII 2 u. v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 4₂ gegen Berlin KG. 20. Jan. 90 G. 37 447 zu bejahen sein. Die mit einem bestimmten Amte o. einer Stellung verbundene Bezeichnung ist auch nach Loslösung von dem Amte „Titel", so daß die staatsrechtl. Grundsätze des DR. bzw. des btr. Bundesstaats dafür maßgebend sind, ob seine Weiterführung mit dem Zusatze: aD. statthaft; vgl. Berlin KG. 7. Juni 00 Jahrb. 20 C 101. Ein im Disziplinarwege Abgesetzter darf den Titel auch mit „a. D." nicht führen, da dieser Zusatz nur besagt, daß die mit dem Titel verbundene Funktion nicht mehr besteht; so: zit. RG. R. 9 318, Berlin KG. 23. Apr. 03 Jahrb. 26 C 59, zit.

Dresden OLG. SächsA. 26 387, ferner München OberstesLG. 23. Okt. 02 E. 3 58 (unzulässig sei die Weiterführung der Bezeichnung als Rechtsanwalt seitens eines ausgeschlossenen Rechtsanwalts mit dem Zusatz „z. Z. a. [d. h. ausgeschlossener] R.", da dieser die wahre Rechtslage nicht erkennen lasse).

β) Unter „Würde" ist eine von zuständiger öffentlich-rechtlicher Stelle verliehene Ehrenstellung innerhalb einer Gemeinschaft zu verstehen; Frank R. VIII 2; deshalb trifft auch noch h. z. T. die Bezeichnung „Doktorwürde" zu (aM. Frank aO.), insofern dabei an die Stellung des Doktor innerhalb der akademischen Kreise gedacht wird; abgesehen hiervon ist der „Dr." ein Titel (α); v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. R. 4 letzt. Abs.

Weder als „Titel", noch als „Würde" sind solche Bezeichnungen anzusehen, die auf eine selbstgewählte Lebensstellung hinweisen (Franck R. VIII 2), wie: „Masseur" (zit. RG. E. 37 175), „Lehrer" (Jena Mai 74 St. 4 213), „Immobiliarsensal" (München OLG. 21. Juli 92 E. 7 243). Die unbefugte Beilegung der Bezeichnung als „Arzt" ist jedoch aus GewerbeO. § 147 Nr. 3 strafbar, wo inkorrekt von einem dem „Arzt" „ähnlichen Titel" gesprochen wird.

γ) „Adelsprädikate" bezeichnet sowohl das einfache „von" (v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. R. 5), als auch die Adelstitel, wie Graf ꝛc. Vgl. Berlin KG. 2. Mai 04 Jahrb. 27 C 69 (in Pr. sei die Befugnis z. Führung des einem Nichtpreußen von s. Landesherrn rechtmäßig erteilten Adelsprädikats von einer Anerkennung o. Genehmigung nicht abhängig, falls es nicht um Aufnahme in den Pr. Untertanenverband sich handle).

d) Der letzte Mischtatbestand (nach Binding Lb. 2 748 ein reines Unterlassungsdelikt) stellt den einzigen Fall der strafb. unbeeidigten falschen Aussage vor einer Behörde dar (T. II Abschn. 9 R. 2); Binding Hb. 1 317 R. 3 u. Lb. 2 747. Vgl. übrigens §§ 108 R. 2a, 169 R. 2₂. Darüber, welcher „Name" jemandem „zukommt", vgl. BGB. und zwar btr. des Namens der Ehefrau: § 1355 (für den Fall der Scheidung jedoch § 1577); des ehel. Kindes: § 1616 (für den Fall einer nichtigen Ehe jedoch §§ 1699 ff.), des unehel. Kindes: § 1706, des angenommenen Kindes: § 1758.

α) Das im öffentlich-rechtlichen Interesse gegebene Verbot (a), dessen Strafbarkeit somit durch die Gestattung der Führung des Namens seitens des Namensträgers nicht aufgehoben werden kann (Oppenh.-D. R. 56), beschränkt sich nicht auf den Familiennamen (so wenig wie das Namensrecht des BGB. § 12); RG. IV 17. Sept. 97 E. 30 230 (vgl. auch III 4. Juni 91 E. 22 60), Binding Lb. 2 748 R. 1, Frank R. VIII 3, Oppenh.-D. R. 58, Rotering R. 8. Wegen des hervorgehobenen Charakters des Verbotes ist anzunehmen, daß i S. dieser Gesetzesvorschrift auch die Adelsprädikate (c γ) zum Namen gehören, derartig, daß der unter ihrer Fortlassung gebrauchte — bürgerliche — Name dem Adligen „nicht zukommt", es sei denn, daß er den Adel, was ihm freisteht, abgelegt habe. Der richtige Name wird übrigens dadurch nicht zu einem „nicht zukommenden", daß ihm falsche Bezeichnungen, z. B. bezüglich des Standes o. Wohnortes des Namensträgers, oder unrichtige Elternnamen beigefügt werden; zit. RG. E. 22 60. Anders aber, wenn der Familienname mit dem Namen eines Ortes zu einem Namen verbunden wird, worin Berlin KG. 30. Dez. 95 Jahrb. 17 481 mit Recht eine Änderung des Familiennamens i. S. der PrKabO. v. 15. Apr. 1822, über deren Zweck u. Bedeutung Berlin KG. 30. Sept. 01 Jahrb. 22 C 115 zu vergleichen, gefunden hat.

β) Jemand „bedient sich" eines falschen Namens, wenn er den Glauben erwecken will, er selbst führe den Namen (Oppenh.-D. R. 57), während bei der „fälschlichen Anfertigung einer Urk." der Täter umgekehrt den Schein hervorrufen will, als wäre sie von einem Berechtigten hergestellt; § 267 R. 30₂. Zu bejahen ist das Merkmal bei Abgabe von Erklärungen bestimmter Personen unter falschem Namen zu amtlichem Protokoll; so allg. Binding Lb. 2 748, sowie für Einzelfälle RG., insbs.: I 6. Juli 85 R. 7 469 (Erstattung einer Anzeige wg. einer strafb. Hdlg. unter f. N. zu amtl. Protokoll), II 25. Okt. 87 E. 35 328 (btr. Abgabe eines Wahlzettels unter f. N. vor einem Wahlkommissar).

γ) Der Gebrauch des falschen Namens muß stattgefunden haben „einem zuständigen Beamten gegenüber". „Beamter" ist i. S. des § 359 (das. R. 8a) zu verstehen,

weshalb auch ein Rondeoffizier, der durch die Kommandierung zum Wachtdienst mit Wahrnehmung staatlicher Polizeigewalt betraut war, als „Beamter“ i. S. der Nr. 8 angesehen werden konnte; Celle OLG. 24. Jan. 89 G. 37 215. „Zuständiger Beamter“ ist derjenige, dem im einzelnen Falle (vgl. § 110 N. 20) ein Recht auf Erforschung des Namens zukommt; so die Motive und im Anschluß an diese: RG. III 10. Apr. 80, 9. Feb. 88, R. 1 565, E. 17 224, IV 14. März 02 G. 49 138 (i. S. der Nr. 8 sei ein Beamter zuständig, dem auf Grund der staatl Autorität im gegebenen Falle kraft seiner amtl. Stellung u. Wirksamkeit das Recht zustehe, den Namen der ihm bei Ausübung des Dienstes gegenüberstehenden Person durch deren Befragung zu erforschen, so daß die Angabe eines falschen Namens als Eingriff in die staatl. Hoheitsrechte erscheine). Das ist auch von einem Notar anzunehmen, der die vor ihm behufs Aufnahme eines Notariatsaktes erscheinenden Parteien nach ihrem Namen befragt; so Binding Lb. 2 748; aM. Weißler Notariat der Pr. Monarchie S. 209. In der Praxis ist demgemäß die „Zuständigkeit“ des Beamten:

I. bejaht btr. eines Bahnwärters in Ausübung der Bahnpolizei (vgl. EisenbahnB.- u. BO. § 74 i. V. mit § 45 [7]); zit. RG. R. 1 562; btr. eines BayerBezirksamtmannes, dem eine Strafanzeige zu Protokoll gegeben wird; das zu β zit. RG. R. 7 469; btr. eines Rondeoffiziers, der die Persönlichkeit einer nach der Wachinstruktion festgenommenen Person festzustellen beabsichtigt; zit. Celle OLG.;

II. verneint btr. des eine Depesche annehmenden Telegraphenbeamten gegenüber deren Überbringer; bzw. btr. eines Briefträgers bei der Bestellung von Postsachen gegenüber den daran beteiligten Personen; RG. III 15. Mai 80, 9. Feb. 88, R. 1 793, E. 17 224 (beiden zustimmend Binding Lb. 2 748 N. 3).

δ) Idealkonk. (§ 73) ist mit § 108 möglich; das zu β zit. RG. G. 35 328 btr. einen Fall der Anstiftung zu Nr. 8.

e) Da die verschiedenen Übertretungen aus Nr. 8 nicht als Polizeidelikte sich darstellen (a), so sind nur vorsätzliche Zuwiderhdlgen als mit Strafe bedroht anzusehen (T. I Abschn. 4 N. 4_2), was beim „Annehmen“ eines Titels 2c. schon begrifflich erhellt (RG. I 16. Juni 00 E. 33 305); Fahrlässigkeit, die z. B. in einem unentschuldbaren Irrtum über die Berechtigung zum Tragen der Uniform, der Führung des Namens bestehen kann, fällt nicht unter das Gesetz; München OLG. 20. Dez. 83 E. 2 544, Frank N. VIII, Rotering N. 8 und selbst Hälschner 1 319 N. 1, für Nr. 8 insbs. Binding Lb. 2 512, 748. Demgemäß findet z. B. bei Nichtkenntnis der Beamteneigenschaft § 59_1 Anwendung; RG. III 10. Apr. 80 R. 1 565.

Der hiernach erforderliche Dolus fehlt somit, wenn dem Handelnden das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht beiwohnt (§ 59 N. 30); das kann z. B. vorliegen, wenn jemand eine ihm nicht zustehende Uniform etwa im geschlossenen Kreise zum Scherz anlegt (vgl. Oppenh.-D. N. 34, der hier das Moment des „Unbefugten“ vermißt); ferner wenn z. B. ein Künstler in der Annahme, dem Beamten komme es auf den geführten, nicht den wirklichen Namen an (Binding aO. 749), seinen angenommenen Künstlernamen, unter dem er bekannt ist, einem ihn festnehmenden Beamten angibt; vgl. übrigens auch Berlin KG. I 28. Nov. 04 DIZ. 10 173, wo die gewohnheitsr. erlaubte Führung eines Künstler-(Schriftsteller-)Namens, mit der auch die neuere Rgesetzgebung rechne, anerkannt wird; übrigens scheint das Urteil auf § 360^8 sich nicht zu beziehen.

f) Wenn auch der Tatbestand durch ein einmaliges Anlegen einer Uniform, bzw. einmalige Angabe eines falschen Namens verübt werden kann, so deuten doch gerade die gewählten Ausdrücke („tragen“, „annehmen“, „führen“) daraufhin, daß regelmäßig eine fortgesetzte Tätigkeit unter der Kollektivbezeichnung begriffen werde, so daß der Fall der Realkonk. meist ausgeschlossen ist (§ 73 N. 7b); so: Binding Lb. 2 749 (insbs. btr. Nr. 8), Frank N. VIII 1, 2; aM. Oppenh.-D. N. 40, jede Einzelhdlg. stelle eine selbständige Übertr. dar.

Zu Nr. 9.

a) Die Nr. 9 ist, soweit sie sich auf Versicherungsunternehmungen i. S. des G. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 bezog, durch § 108_3 dieses G. aufgehoben; s. o. S. 7. Nach der ausdrücklichen Bestimmung in § 1_2 des G. sind als

Versicherungsunternehmungen im Sinne desselben solche Personenvereinigungen nicht anzusehen, die ihren Mitgliedern Unterstützung gewähren, ohne ihnen einen Rechtsanspruch darauf einzuräumen.

b) Die Nr. 9 ist ein wahres Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), wenn auch der Inhalt des Verbotes ausdrücklich angegeben ist; Binding Normen I 69 N. 20, 162 N. 10. Aus einem rein polizeilichen Gesichtspunkte (nach Binding Lb. I 413 handelt es sich um eine „mögliche Vermögensgefährdung" durch Hdlgen, die leicht Vorbereitungen zum Betruge seien) wird die Errichtung von Aussteuer- rc. Kassen, wenn sie „gesetzlichen Bestimmungen zuwider" ohne Genehmigung der — nach dem Landesgesetze zuständigen — Staatsbehörde erfolgt, mit Strafe bedroht. Demnach ist die „staatliche Genehmigung" nicht etwa ein allgemein aufgestelltes Erfordernis (so jedoch Berlin 19. März 73 O. 14 207), sondern es muß vielmehr — in Ermangelung reichsgesetzlicher — eine landesgesetzliche (§ 2 N. 6; vgl. für Preußen: Berlin KG. 9. Mai 92 Jahrb. 13 399) Bestimmung erlassen sein, welche die Errichtung solcher Kassen rc. von der Genehmigung der Staatsbehörde abhängig macht (vgl. die Motive); Berner S. 690, Oppenh.-D. N. 66. Durch die Reichsgesetzgebung (vgl. GewerbeO. § 140_2) ist die Landesgesetzgebung nicht berührt; vgl. auch PrOVG. III 30. Okt. 90 G. 40 76 btr. fortdauernder Gültigkeit des § 340^8 PrStGB.

c) Außer „Aussteuer-, Sterbe- oder Witwenkassen" nennt Nr. 9 „Versicherungsanstalten oder andere dergleichen Anstalten o. Gesellschaften", welche — und zwar bezieht der Relativsatz sich auch auf Versicherungsanstalten (Berlin KG. 2. Mai 89 Jahrb. 9 299; vgl. aber das zit. PrOVG. G. 40 76) — bestimmt sind, „gegen Zahlung eines Einkaufsgeldes o. gegen Leistung von Geldbeiträgen" unter gewissen Voraussetzungen Zahlungen zu leisten. Demgemäß findet das Gesetz nicht Anwendung, wenn die Gesellschaft o. Anstalt statt „Einzahlungen" zu fordern, auf Wohltätigkeit beruht, oder wenn sie statt „Auszahlungen" zu machen, sachliche o. persönliche Unterstützungen spendet; so Berner S. 690; dementsprechend verneinte das zit. Berlin KG. die Anwendung der Nr. 9 auf einen „Medizinalverband von Gewerbevereinsmitgliedern", der außer unentgeltlicher ärztlicher Behandlung freie Medizin u. bei Behandlung in einem Krankenhause eine Pauschalentschädigung für Auslagen an Medizinkosten gewährte; vgl. auch Berlin KG. 9. Mai 92 Jahrb. 13 399, btr. der Voraussetzung der „Versicherungsanstalten", daß aus der Versicherung ein Rechtsanspruch erwachse. Auf die Einklagbarkeit der Gegenleistung der Anstalt ist ein entscheidendes Gewicht nicht zu legen; Berlin KG. 11. Dez. 90 Jahrb. 11 199. Auch ist es gleichgültig, ob die betreffende Anstalt auf Gegenseitigkeit beruht o. ob sie Erwerbszwecken dient; RG. VI ZS. 29. Okt. 94 E. ZS. 34 20, zit. Berlin O. 14 207, Berner S. 691, Oppenh.-D. N. 68, Rüd.-St. N. 16; vgl. aber Berlin KG. 28. Jan. 95 Jahrb. 16 346, das auf die Abschließung von Versicherungsverträgen seitens einer, in dem btr. Landesteil nicht konzessionierten, Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit die Nr. 9 nicht anwandte (s. u. d).

Sparkassen fallen nicht unter Nr. 9, weil sie nicht den Charakter von Versicherungsanstalten tragen, sondern nur eingezahlte Kapitalien verzinsen und zurückzahlen; Berner aO., Frank N. IX, Oppenh.-D. N. 69, v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 2.

d) Mit Strafe bedroht wird die „Errichtung" der bezeichneten Anstalten rc., worunter deren Einrichtung und Inbetriebsetzung zu verstehen ist; v. Schicker aO. N. 3. Mit der „Errichtung" der Anstalt ist die Tat vollendet, so daß in deren Fortführung eine Fortsetzung der Straftat nicht gesehen werden kann; Berner S. 690, Oppenh.-D. N. 70a, v. Schicker aO.

Auf solche Versicherungsverträge, die im Zusammenhang eines anderen Geschäfts als Nebenabrede sich darstellen, findet die Nr. 9 keine Anwendung; es gilt dies insbs. von den Versprechen der Zeitungsverleger, den Hinterbliebenen eines verunglückten Abonnenten eine Unterstützung zu zahlen bzw. sie bei einer Versicherungsanstalt zu versichern; RG. IV 23. Sept. 02 E. 35 346, Berlin KG. 16. Dez. 01 Jahrb. 23 C 81; vgl. dagegen den anders liegenden Fall o. N. c Abs. 2 aE.

e) Obschon die „Errichtung der Anstalt rc." (d) vorsätzlich geschehen muß, so ist doch auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. aus Nr. 9 strafbar, so z. B. bei Nichtkennen des die

Genehmigung erfordernden Gesetzes bzw. bei Irrtum über die erfolgte Erteilung der Genehmigung; Frank N. IX, Rotering N. 9.

Zu Nr. 10.

a) Es handelt sich um die Zuwiderhdlg. gegen das Gebot der Hilfeleistung und somit um ein echtes Unterlassungsdelikt (Frank N. X, Rotering N. 10, Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, Sturm Unterlassungsdel. S. 417, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 218, auch Binding Lb. 2 107 N. 5 für die Regelfälle, wenn der Täter die Not nicht selbst verursacht habe), das übrigens auch durch eine Handlung, z. B. durch Entfernung vom Orte der Gefahr, verübt werden kann (§ 1 N. 3b).

b) Das Gebot der Nr. 10 tritt erst in Kraft, nachdem seitens der „Polizeibehörde oder deren Stellvertreter" zur „Hilfeleistung" aufgefordert ist. Diese „Aufforderung" hat wiederum das Vorliegen von „Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr (§ 312 N. 4) oder Not", wobei das Adjektiv „gemein" auch auf Not zu beziehen ist, zur objektiven Voraussetzung; Rotering N. 10_3. Lag diese in Wahrheit, was der Richter nachzuprüfen hat (so München KassH. 29. März 73 E. 3 132, OLG. 27. Juni 91 E. 6 479, dieses beim Auftreten des Nonnenschmetterlings die gem. Gefahr bejahend; aM. Schaper HH. 3 870), nicht vor, so ist das trotzdem erlassene Gebot ohne strafrechtliche Wirkung.

c) Die „Aufforderung" muß seitens eines örtlich zuständigen Polizeibeamten ergehen, d. h. seitens desjenigen, dessen Bezirk durch den Unglücksfall rc. betroffen wird; das kann unter Umständen auch ein anderer Bezirk sein, als in dem der Unglücksfall sich zutrug, sofern nur durch die örtliche Lage die Gefahr für beide Bezirke eine gemeinsame war; zit. München KassH. E. 3 132. Die Aufforderung verbindet dann aber einen jeden, an den sie persönlich sich richtet (Oppenh.-D. N. 74, Rotering N. 10_4), nicht etwa bloß die Einwohner des Bezirkes. Die Verpflichtung zur Hilfeleistung ist, was schon die Natur der Sache ergibt (b), eine sofortige, deshalb der Tatbestand ev. schon durch die Unterlassung der Hilfe nach einer Aufforderung erfüllt.

d) Darüber, ob die „Hilfeleistung" notwendig war, hat allein der Vertreter der Polizeibehörde zu befinden; weder der Aufgeforderte kann seine abweichende Ansicht entgegensetzen, noch der Richter die Frage nachprüfen. So die GM., insbs. zit. München KassH. E. 3 132. Der Polizeivertreter hat aber auch darüber zu entscheiden, welche besondere Hilfe im Einzelfalle erforderlich, so z. B. bei einem Brande; der Aufgeforderte muß der btr. Anordnung sich fügen u. genügt nicht seiner Pflicht, wenn er an Ort und Stelle die ihm richtig scheinende Hilfe leistet; in der Nr. 12 des Code pénal Art. 475, die dem PrStGB. § 340[7] zum Vorbild gedient hat (Goltd. Mat. 2 721), hatte das einen klaren Ausdruck gefunden.

e) Das Gebot ist nur ein bedingtes (Binding Normen 1 126), nämlich für den Fall, daß der Aufgeforderte „der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte". Die „eigene Gefahr" ist nicht gleichbedeutend mit „Gefahr für Leib o. Leben" i. S. des § 52, bezeichnet vielmehr jede den Aufgeforderten, also auch nur in seinem Vermögen, bedrohende „Gefahr"; Binding Hb. 1 773, Schaper HH. 3 870, Oppenh.-D. N. 75a, Rotering N. 10_5, v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 2. Den Maßstab für die „Erheblichkeit" der Gefahr kann einerseits die Wahrscheinlichkeit ihres Eintrittes (vgl. § 52 N. 7), ihre Dringlichkeit, bilden (so die früheren Aufl. des Komm.), andererseits die Größe des drohenden Schadens (so: v. Schicker aO. N. 5, Otker GS. 64 146 N. 3) oder die Verbindung beider Momente; die Sachlage muß entscheiden; vgl. Rotering G. 31 263, der als „erhebliche Gefahr" eine solche ansieht, die ganz allgemein jeden vernünftigen Polizeibeamten veranlassen würde, von der Hilfeforderung abzusehen, weil der Entschuldigungsgrund ein dringender sei; abweichend Frank N. X 2, der neben dem Moment der Dringlichkeit eine Proportionalität des ev. gefährdeten Rechtsguts gegenüber dem tatsächlich gefährdeten berücksichtigen will.

f) Da es um eine Bedingung des Gebotes sich handelt, so muß dem Angekl. der Nachweis erbracht werden, daß er der Aufforderung Folge leisten konnte ohne erhebliche

eigene Gefahr; es handelt sich um ein — negatives — Tatbestandsmerkmal, nicht um einen strafausschl. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266; Otter GS. 64 146.

g) Bei der polizeilichen Natur (§ 139 N. 12) des Unterlassungsdeliktes (a) ist auch die fahrlässige Übertretung strafbar, die insbs. vorliegen kann bei irrtümlicher Überschätzung der Erheblichkeit der eigenen Gefahr; Frank N. x, Rotering N. 10_1.

h) Durch die Nr. 10 werden nicht berührt:

α. Vorschriften, die für den Fall eines eintretenden Unglücksfalles, z. B. bei Feuersgefahr, gewisse Personen allgemein zur Dienstleistung verpflichten; Frank N. x. Einer trotzdem unter der Voraussetzung der Nr. 10 besonders erlassenen Aufforderung ist Folge zu leisten; München KassH. 29. März 73 E. 3 132, Oppenh.-D. N. 77, 80;

β. Vorschriften, die bei gewissen Gefahren, z. B. bei Wassersgefahr, bestimmte Personen, z. B. Interessenten eines Deichverbandes, zu gewissen Leistungen verpflichten; Berlin 31. Jan. 77 O. 18 89, Oppenh.-D. N. 79.

Dagegen sind für aufgehoben zu erachten solche landesrechtl. Vorschriften, die persönliche Aufforderung zur Hilfeleistung voraussetzen; München ObersteLG. 8. Jan. 01 E. 1 246 (btr. BayerG. v. 28. Mai 1852 über den Uferschutz 2c. Artt. 17, 26), Frank N. x.

Zu Nr. 11.

a) Beide Mischtatbestände der Nr. 11 betreffen Verletzungen oder Gefährdungen des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung; RG. IV 7. Apr. 99 E. 32 100, F. Frank G. 34 149; s. übrigens u. N. dα. Sie sind deshalb nicht bloße Polizeidelikte, so daß, da das Gegenteil nicht erhellt (T. I Abschn. 4 N. 4_2), lediglich vorsätzliche Zuwiderhdlg. strafbar ist, nicht auch fahrlässiges Handeln, was nicht nur durch die Entstehungsgeschichte der Nr. 11 bzw. des mit ihr fast ganz gleichlautenden § 340[9] PrStGB. (vgl. F. Frank G. 34 145 ff.), sondern auch durch die Wortfassung in Verbindung mit dem Sprachgebrauche bestätigt wird; so: Dresden 22. März 78 St. 8 308, Frank N. xI 1 u. 2 letzt. Abs., Rüb.-St. N. 22, Rotering N. 11_1; einschränkend auch F. Frank aO. 149 f.; aM. Krause ZStrW. 16 674. Eben aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich der gleichartige Charakter beider Mischtatbestände (v. Lilienthal HRl. „Unfug", F. Frank aO. u. G. 36 268), so daß sie deshalb leicht ineinander überfließen (Rotering N. 11_{10}), ohne übrigens notwendig miteinander zusammenzutreffen; zu weitgehend folgert Ostern Alternativität S. 158 hieraus die Zulässigkeit einer alternativen Feststellung.

b) Aus der Entstehungsgeschichte (vgl. darüber namentl. Zimmerle GS. 57 442 sowie die zu e zit. Schrift von Hacke) ergibt sich endlich, daß nur derjenige einer Verletzung der Nr. 11 sich schuldig machen kann, wer das Publikum als solches (§ 184 N. 7c) im Gegensatze zu einzelnen Personen und individuell begrenzten Personenkreisen gefährdet oder belästigt; so die GM., insbs. mit Recht für beide Mischtatbestände u. insbs. btr. der Erregung ruhest. Lärms RG. I 22. Feb. 86 E. 13 366 sowie btr. des groben Unfugs: RG. I 27. Apr. 80, 24. März 92, II 17. Mai 87, E. 1 400, 22 423, 16 98 (die Angehörigen der Mannschaften und Offiziere eines größeren Truppenteiles seien dem Begriffe „Publikum" zu unterstellen), 27. Sept. 87 R. 9 471; vgl. jedoch Gillischewski G. 39 130 ff. Unter jener Voraussetzung ist auch das Boykottieren bzw. die öffentliche Aufforderung dazu als grober Unf. zu erachten; RG. IV 14. Juni 95 E. 27 292 (s. u. eγ[3]). Dsgl. eine sozialdemokratische Kundgebung, insbs. demonstratives Tragen einer roten Fahne als eines sozialdemokr. Abzeichens; RG. I 7. Juli 92 E. 23 207 (dagegen Beling ZStrW. 18 299).

Das Erfordernis des auf das Publikum gerichteten Angriffes schließt nicht aus,

α. im Falle der ersten Alternative, daß im konkreten Falle lediglich die Ruhe von Personen gestört wurde, die in einem besonderen abgegrenzten Raume o. Gebäude sich befanden; denn die möglicherweise sehr zahlreichen Einwohner eines Hauses können einem Dritten gegenüber, der mit ihm in keiner Beziehung steht, sie also vielleicht weder ihrer Zahl, noch ihrer Individualität nach kennt, unter Umständen auch als Teil des Publikums angesehen werden; so RG. zit. E. 13 366, IV 21. Mai 89 G. 37 197, Frank N. xI 1; vgl. hiergegen jedoch Meves das. S. 199 N. 7b sowie Berner S. 694 (beschränke die Belästigung sich auf Bewohner desselben Hauses, so liege eine Verletzung der Hausordnung vor). Noch mehr

wird man unter Umständen die Beunruhigung der Nachbarschaft eines Hauses für ausreichend erachten können; so Berlin KG. 19. Feb. 83 Jahrb. 3 372; aM. wiederum Meves aO.;

β. im Falle der zweiten Alternative, daß der grobe Unfug in Hdlgen gefunden wurde, durch die zunächst und unmittelbar einzelne angegriffen werden, wie z. B. in einem Angriffe gegen einen einzelnen o. in einer Belästigung auch einer nur beschränkten Personenzahl auf offener Straße, an deren Sicherheit das Publikum überhaupt interessiert ist; RG. III 26. Nov. 81, IV 17. Sept. 01, E. 5 299, 34 364, III 6. Okt. 98 G. 46 424, Rotering G. 52 206.

c) Der Ort, wo die betreffenden Hdlgen verübt werden, ist an sich gleichgültig; er braucht insbs. kein öffentlicher (§ 110 N. 5) zu sein, wenn nur die Wirkung der Hdlg. das „Publikum" in dem zu b bezeichneten S. berührt; Berner S. 694; vgl. jedoch Gillischewski G. 39 130, die Wirkung müsse über einen „öffentl. Ort" sich erstrecken. So kann namentl. gr. U. dann in einem geschlossenen Raume verübt werden, wenn letzterer nicht bloß einem geschlossenen Personenkreise, sondern — obschon nur unter gewissen allgemeinen Bedingungen — jedermann zugänglich ist und ebendeshalb ein „Publikum" daselbst sich versammelt; so: RG. III 10. Mai 82 R. 4 458, München 27. Okt. 76 St. 7 206 (U. in einem Wirtshause, wo eine Gesellschaft zu öffentl. Tanzbelustigung versammelt war), München 8. Apr. 73 St. 2 300 (U. in einem von mehreren Familien bewohnten Hause), München KassH. 13. Aug. 75 E. 5 339 (U. in einem Lokale, wo eine öffentl. Versammlung einer polit. Partei abgehalten wurde), Dresden 16. Juli 75 St. 6 61 (U. in einem Schulgebäude, wo die Jugend zum Schulunterricht versammelt war).

d) Insbesondere die erste Alternative betreffend.

α) Der „Lärm" muß ein „ruhestörender" sein; damit wird lediglich die Beschaffenheit des Lärmes als eines solchen bezeichnet, der geeignet ist, die Ruhe des Publikums (b) zu stören; eine tatsächliche Störung wird nicht verlangt; es folgt das aus dem gleichartigen Charakter beider Alternativen (a u. e γ) u. erscheint durch den Wortlaut nicht ausgeschlossen; so: Berner S. 693, Binding Lb. 1 190; aM.: Jena OLG. 1902 (?) ThürBl. 50 113, Frank N. XI 1. Sonach fällt nicht jede Störung der Nachtruhe hierhin; so: Berlin 7. Mai 74 O. 15 297, Rotering N. 11_{10}; andererseits aber braucht es sich nicht um nächtliche Ruhestörung zu handeln; Frank aO.

β) Die „Erregung" (§ 167 N. 4) ruhestörenden Lärms bezeichnet nichts als die vorsätzliche „Verübung" (s. u. e δ), d. h. Verursachung eines solchen; München 20. Apr. 74 St. 4 71, Berlin 20. Apr., 14. Juni 76, St. 6 66, O. 17 416; vgl. jedoch u. δ. Keineswegs erfordert aber jener Ausdruck, daß der ruhest. L. durch den Täter erst erzeugt sein müsse, vielmehr liegt die Erregung eines solchen zweifellos auch dann vor, wenn der Täter einen von einem anderen begonnenen ruhest. L. vermehrte. Darauf, ob die Erregung unmittelbar o. mittelbar geschieht, kommt nichts an, ebensowenig, ob die nur mittelbare Erregung durch leblose Instrumente oder durch lebende Wesen, insbs. Hunde, erfolgt; so die drei zitt. Entsch. Daß eine reine Unterlassung nicht ausreichen kann, ergibt aus dem Vorstehenden sich von selbst; doch kann das Kommissivdelikt nach allg. Grundsätzen (§ 1 N. 3α) durch Unterlassung begangen werden; zit. München St. 4 71 (btr. Hundegebell), Dresden OLG. 31. Dez. 94 SächsA. 16 205 (btr. Hahnengeschrei), Rotering N. 11_{10}. Im Verhältnis eines Gastwirts zu seinen den ruhest. L. erregenden Gästen kann von einer solchen Unterlssg. keine Rede sein; Berlin KG. 9. Dez. 95 G. 43 412.

γ) Die Erregung ruhest. L. muß „ungebührlicherweise" erfolgen; die Erregung eines solchen L., die nicht ungebührlicherweise geschieht, kann auch durch Landesgesetze nicht für strafbar erklärt werden, weil Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht (EG. § 2 N. 3 b) und in Nr. 11 indirekt ausgesprochen ist, daß eine derartige Ruhestörung nicht strafbar sei; Berlin KG. 14. Mai 00 Jahrb. 20 C 62 (das jedoch auf die reichsrechtl. Bestimmungen im § 366[1] sowie in der GewerbeO. hinweist; eine Zuwiderhdlg. gg. § 27 der letzteren ist jedoch nicht mit Strafe bedroht). Jenes Erfordernis ist nicht gleichbedeutend mit „unbefugt" (Rotering N. 11_4), sondern bezeichnet auch die das Publikum unnötig belästigenden Überschreitungen einer zustehenden Befugnis; so auch im wesentlichen Jena OLG. 20. März 88

G. 37 216 N. 6, ungebührlich sei nicht bloß das behördlich Verbotene, sondern jede menschliche Tätigkeit, die mit der bestehenden durch das friedliche Zusammenleben der Menschen gebotenen öffentl. Ordnung unverträglich sei. Dementsprechend erachtete auch Berlin 23. Juni 71 O. 12 343 die Erregg. von Lärm durch Aufstellung einer im Gewerbe gebrauchten Maschine deshalb nach PrALR. I 8 § 27 für „ungebührlich", weil die Einrichtung nur getroffen war, um die Ruhe der Nachbarn zu stören, u. ähnlich München OLG. 3. Juni 97 E. 9 258, wenn durch die Ausübung des Gewerbebetriebes die ordnungsmäßigen Grenzen in einer die Allgemeinheit unnötig belästigenden Weise überschritten werde, u. infolgedessen der Gewerbebetrieb mit der bestehenden öffentl. Ordnung unverträglich sei, so liege Ungebührlichkeit vor, sowie Dresden OLG. 18. Feb. 00 SächsA. 21 408 btr. lautes Pfeifen seitens eines Hotelportiers nach dem ca. 150 Schritt entfernten Droschkenhalteplatz; auf dem gleichen Gedanken beruht Berlin KG. 19. Feb. 83 Jahrb. 3 372, die poliz. Konzession zur Abhaltung von Tanzmusik verleihe dem Betreffenden keineswegs die Befugnis, ohne Rücksicht auf den Anspruch der Nachbarn auf Ruhe, namentl. zur Nachtzeit, und mit Hintansetzung der gewöhnlichsten Vorsichtsmaßregeln ruhest. L. durch Musik zu erregen. Dagegen fehlte geradezu die Befugnis zur Vornahme des ruhest. L. in einem Fall, wo dem Betreffenden auf Grund der GewerbeO. § 27 der Gewerbebetrieb untersagt war; Braunschweig OLG. 19. Jan. 89 G. 37 215. Andererseits wurde das Merkmal verneint von Hamburg OLG. 6. Nov. 90 G. 39 175, weil der Gewerbetreibende durch bes. Umstände (Verpflichtung z. Zahlung einer Konventionalstr.) zu der ruhest. L. verursachenden Nachtarbeit genötigt war, sowie von Dresden OLG. 10. Okt. 01 SächsA. 23 34 „an sich" beim Halten eines bellenden Hundes zur nächtl. Bewachung des Grundstücks (muß die durch einen „bellenden" Hund geschehen?)

δ) Die Hdlg. ist ihrem vollen Umfange nach eine vorsätzliche (a u. dβ); folglich muß der Täter auch die Ruhe stören wollen, mindestens aber mit dem ev. Dolus handeln, daß durch seine vorsätzl. Hdlgen die Ruhe gestört werden könne; vgl. das zu α zit. Jena ThürBl. 50 113, bei „mittelbaren" Ruhestörungen (β) müsse der Täter das Bewußtsein haben, durch seine Hdlg. werde der ruhest. L. hervorgerufen; aM. RG. I 6. Mai 95 G. 43 119 (es genüge ein vorsätzl., jene Wirkung herbeiführendes Handeln), F. Frank G. 34 150 (s. u. N. eδ). Außer der Vorsätzlichkeit in jenem S. ist ferner das Bewußtsein der vorliegenden „Ungebühr" notwendig; das geht nach dem zu γ Bemerkten weiter als das Bewußtsein, daß die Vornahme des Lärmes „rechtswidrig" sei; so Rotering N. 11₂, während F. Frank aO. annimmt, daß durch das Wort „ungebührlicherweise" die Notwendigkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit hervorgehoben werde.

ε) Wiederholte Erregung ruhest. L. ist je nach der Lage des Falles als eine fortgesetzte Hdlg. (§ 73 N. 6) oder als eine Mehrheit selbständiger Hdlgen (§ 74) anzusehen.

e) Insbesondere die zweite Alternative btr. (vgl. Hacke Grober Unfug Leipzig 1892).

α) Der „Unfug" (vgl. § 166 N. 18) muß ein „grober" sein; dadurch erhält jenes Erfordernis eine nähere Beschreibung nur dem Maße nach; wann er so erheblich sei, daß er als „grober" bezeichnet werden kann, unterliegt lediglich tatsächlicher Beurteilung; RG. III 1. Juli 95 G. 43 239; bedenklich erscheint hiernach (vgl. v. Bar GS. 40 435) III 10. Mai 82 R. 4 458, gr. U. könne stattfinden, auch wenn er infolge eines durch Gewohnheit verbildeten Urteils als solcher nicht empfunden werde, während das zit. RG. G. 43 239 zutreffend nur annimmt, es sei nicht erforderlich, daß die Hdlg. von allen Wahrnehmenden als Belästigg. empfunden werde, vielmehr werde die Annahme eines gr. U. dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Hdlg. von einem Teil der Wahrnehmenden infolge von Zuchtlosigkeit u. Verrohung wohlgefällig aufgenommen werde; mit Recht verneinte dagegen Berlin 14. Juni 76 O. 17 416, daß jede an einem öffentl. Orte (N. c) verübte Mißhdlg. ohne weiteres als gr. U. sich darstelle, während er andererseits in einer auf öffentl. Wege vorgenommenen, gegen Sitte und Anstand verstoßenden Hdlg. von RG. II 30. Okt. 82 E. 7 168 gefunden werden konnte. Obschon Rubo N. 22 bemerkt, daß der Ausdruck „gr. U." gerade wegen seiner „Unbestimmtheit" Aufnahme gefunden habe, so erhellt doch, daß eine

nähere Bestimmung des Begriffs gefunden werden muß, weil sonst eine Anwendungsmöglichkeit für die Strafvorschrift der Nr. 11 sich ergeben würde, die mit dem im § 2 (das. N. 3_2) anerkannten Grundsatze nullum crimen sine lege in Wahrheit in Widerspruch treten würde (Berner S. 693, v. Bar GS. **40** 431); denn es würde Nr. 11 ohne eine engere Begrenzung des Begriffes geradezu die Bedeutung einer allgemeinen subsidiären Strafvorschrift gewinnen, eine Absicht, die dem Gesetzgeber nicht untergeschoben werden darf; Binding Lb. **1** 191, H. Meyer S. 763, F. Frank, Rotering, G. **36** 271, **52** 209, Krauß ZStrW. **16** 665; so auch RG. III 3. Juni 89 E. **19** 294 sowie Dresden 22. März 78 St. 8 308, der Zweck der Vorschrift dürfe nicht darin gesucht werden, daß sie überall da Aushilfe gewähren solle, wo eine mit der öffentl. Ordnung nicht verträgliche Erscheinung in irgendeinem Kausalzusammenhang mit menschlicher Tätigkeit gebracht werden könne, ohne daß ein spezieller Tatbestand einer strafb. Hdlg. sich konstruieren lasse; dies Bedenken mache namentl. da sich geltend, wo der Gesetzgeber gewisse Kategorieen polizeil. Ungebührnisse schon durch besondere Strafbestimmungen getroffen habe; vgl. darüber auch Neves G. **37** 199 N. 17a.

β) Die engere Begrenzung des Begriffes „gr. U." ergibt sich einmal aus der Zusammenstellung mit der „Erregg. ruhest. L." (d); diese deutet auf eine gewisse Gleichartigkeit hin (a), da der Gesetzgeber, der im übrigen im § 360 vierzehn Nr. unterscheidet, nicht völlig Fremdes in Einer Nr. vereinigt haben würde; so auch RG. III 3. Juni 89 E. **19** 294. Unzulässig erscheint es (ebenso F. Frank G. **36** 268) mit Berlin 16. Juli 73 O. **14** 507 aus der Einschaltung des zweiten „wer", was im PrStGB. § 340[9] sich nicht fand, zu folgern, daß dadurch die zweite Alternative deutlicher von der ersteren habe unterschieden werden sollen; denn es handelt sich nur um eine — im Entw. I noch nicht enthaltene — redaktionelle Änderung, durch die wohl nur auch stilistisch zum Ausdruck gebracht werden sollte, was sachlich ohnehin klar, daß nämlich das „ungebührlicherweise" auf die zweite Alternative sich nicht mitbeziehe, umgekehrt wie in Nr. 8 — abweichend vom PrStGB. § 105 — das zweite „wer unbefugt" gestrichen wurde, weil „unbefugt" materiell auf die beiden ersten Alternativen zu beziehen und deshalb das zweite „wer unbefugt" stilistisch überflüssig war. Ferner aber bestätigt auch die Entstehungsgeschichte (a) die innere Zusammengehörigkeit.

γ^1) Die hiernach notwendige Beschränkung des Begriffes erfordert Hdlgen, die gegen den äußeren Bestand der öffentl. Ordnung sich richten; RG. III 3. Juni 89, IV 7. Apr. 99, 8. Juli 98, E. **19** 294, **32** 100, G. **46** 345, auch Dresden OLG. 24. Apr. 02 SächsA. **23** 404, deshalb den Tatbestand verneinend beim Feilhalten von Postkarten, deren Inhalt zwar das innere Gefühl weiter Kreise verletzte, nicht aber den Bestand der äußeren Ordnung gefährdete. Daß die letztere gestört worden sei, wird durch das Gesetz nicht erfordert; es genügt vielmehr, wenn die Hdlg. zu einer Störung geeignet ist, also das Publikum (N. b) nur gefährdet, nicht notwendig belästigt; so die GM., insbs. RG. I 27. Apr. 80, III 26. Nov. 81, E. **1** 400, **5** 299, III 10. Mai 82, II 17. Mai 87, R. **4** 458, **9** 323, auch das zit. E. **19** 294 (obgleich es „von den Bestand der öffentl. Ordnung verletzenden Ungebührlichkeiten" spricht, mit den Worten „das Publikum belästigt o. gefährdet"), ferner: Berlin OTr. 6. Feb. 78 O. **19** 73, RG. 3. Feb. 81 Jahrb. **2** 294, Dresden 1. Okt. 77 St. 8 308, Colmar OLG. 10. Okt. 85 Franz Rechtspr. **1** 86, Berner S. 693, Binding Lb. **1** 191, F. Frank G. **34** 154, Gerland GS. **52** 444. AM.: v. Liszt S. 623, H. Meyer S. 763, Frank N. XI 2, Rotering N. 11_{10} u. Fahrlässigkt. S. 62, Gillischewski G. **39** 132, die eine Störung der öffentl. Ordnung verlangen.

γ^2) Der Angriff gegen die äußere Ordnung muß ferner ein unmittelbarer sein; so RG. zit. E. **19** 294, IV 17. Apr. 88, 14. Juni 98, 7. Apr. 99, R. **10** 304, E. **31** 185, **32** 100, RMG. I 25. Mai 05 E. **5** 157, die Beunruhigung bzw. Belästigung des Publikums müsse eine unmittelbare Folge der Hdlg. selbst sein; ferner: Frank N. XI 2 (Hdlgen, die nur im Wege der Reflexion störend wirken könnten, fielen nicht unter gr. U.), F. Frank G. **34** 152, v. Bar GS. **40** 433. Auch die Verbreitung eines falschen Gerüchts kann eine solche unmittelbare Wirkung haben.

γ^3) Weiterhin aber ist streitig, ob der gr. U. begangen werden könne nur durch „unmittel-

bar physisch lästig fallende ungerechtfertigte Hdlgen"; so namentl.: v. Bar aO., v. Liszt S. 657, F. Frank G. 34 153, 158, 36 270, die damit verneinen, daß gr. U. begangen werden könne durch den Inhalt von Äußerungen, insbs. auch durch die in Druckschriften niedergelegten Äußerungen, d. h. durch Preßerzeugnisse; letzteres verneinen auch Berner S. 693 u. Gillischewski aO. 136 f. Im Gegensatz dazu nimmt namentl. die, von Binding Lb. 1 192, H. Meyer S. 763, Oppenh.-D. N. 83, Meves G. 27 197 N. 17a, Stenglein GS. 58 125 u. jetzt noch im wesentlichen von Frank N. XI 2 insoweit verteidigte, Praxis an, daß gr. U. auch durch den Inhalt von Äußerungen begangen werden könne, z. B. durch den Ruf „Feuer" (vgl.: Dresden 1. Okt. 77 St. 8 308 btr. eine Grabrede, Colmar OLG. 10. Okt. 85 Franz Rechtspr. 1 86 btr. eine gg. die Zusammengehörigkeit Els. mit dem DR. gerichtete Äußerung), insbs. daß er auch durch die Presse verübt werden könne; so insbs. RG. II 17. Mai 87, III 3. Juni 89, E. 16 98, 19 294 (vgl. zu letzterem F. Frank G. 38 413), IV 21. Mai 89, 5. Juni 94, 14. Juni 95, 14. Juni 98, G. 37 197, E. 25 404, 27 292 (dieses btr. Aufforderung zum Boykott durch Verbreitung von Flugblättern), 31 185 sowie das zu γ^1 zitt. G. 46 345, Berlin OKr. 20. Juni, 16. Juli 73, St. 3 339, O. 14 507 (beide öffentl. Ankündigg. als Wahrsager btr.), 9. Mai 78 O. 19 249, RG. 22. Sept. 87 (Verbreitung eines falschen Gerüchtes), 29. Apr. 89 (schwindelhafte Reklamen), G. 37 68, 216, München 19. Dez. 74 St. 5 178, Dresden OLG. 19. Nov. 35 SächsA. 11 314 (Boykotterklärung).

Die erstere Ansicht hat die Entstehungsgeschichte (b) für sich. Doch würde es eine unberechtigte Beschränkung enthalten, wollte man solche Hdlgen ausschließen, die durch Erregung von Schrecken, Angst 2c. ein körperliches Unbehagen hervorzurufen vermögen; sonach kann recht wohl der Ruf „Feuer" durch seinen Inhalt gr. U. darstellen. Andererseits spricht gegen die zweite Ansicht im allgemeinen die Schwierigkeit der Abgrenzung des Tatbestandes; vgl. in der Beziehung die Ausführungen des zitt. RG. E. 19 294 im Vergleiche zu denjenigen der zitt. RG. R. 9 323, G. 37 197 (dazu Meves G. 37 199 N. 17a); danach erscheinen namentl. die oben zitt. Dresden St. 8 308 und Colmar Franz Rechtspr. 1 86 nicht gerechtfertigt. Gegen die Ansicht insbesondere, daß auch Preßerzeugnisse inhaltlich den Tatbestand des gr. U. erfüllen können, spricht der Umstand, daß hier eine unmittelbare Wirkung gar nicht stattfindet, sondern daß eine selbständige — vermittelnde — Tätigkt. voraussetzende Lesen bzw. Weiterverbreiten durch Erzählung hinzutreten muß; allerdings kann auch gr. U., wie der ruhest. L. (N. d β), unter Benutzung von lebenden Wesen o. leblosen Gegenständen als Mitteln verübt werden, aber die Wirkung der Tätigkeit muß eine unmittelbare sein; so auch jetzt noch Frank N. XI 2, insofern psychische belästigende Handlgen in Frage ständen. Eine unmittelbare Wirkung des veröffentlichten Preßerzeugnisses auf das Publikum verlangten zwar auch die o. γ^2) zitt. RG., insbs. IV E. 31 185 (insofern die beiden dort gleichfalls zitt. IV E. 25 404, 27 292, falls sie von diesem Erfordernisse absehen sollten, berichtigend); allein das Erfordernis der Unmittelbarkeit in dem S. dieser Entscheidungen ist nicht so weitgehend, wie das oben aufgestellte; Stenglein GS. 58 124 f. will einen Unterschied zwischen der gesprochenen u. der gedruckten Äußerung hinsichtlich der physischen Einwirkung nicht anerkennen.

δ) Die „Verübung gr. U." ist nichts anderes als deren vorsätzliche Verursachung; dafür daß hier ausnahmsweise auch fahrlässige Verübung strafbar sein solle, spricht nichts; so — außer den o. zu a zitierten — ferner: Dresden 13. Nov. 76 St. 7 205 (gr. U. mit dem cri-cri auf der Straße deshalb verneinend, weil der Spielende nicht an die Möglichkeit gedacht, daß durch das Spielen Passanten belästigt werden könnten), Berner S. 693, insbs. N. 1, Binding Lb. 1 191, H. Meyer S. 763, Frank N. XI 2, Rüd.-St. N. 22, F. Frank G. 36 272 (anders das. 34 150) Gillischewski aO. 140; die entgegenstehende Ansicht verlangt zwar ein vorsätzliches Tun, jedoch nicht Vorsätzlichkeit in bezug auf den Erfolg, erachtet hier vielmehr fahrl. Verschuldung für ausreichend; so jedoch: RG. II 17. Mai 87 E. 16 98, I 6. Mai, III 1. Juli 95, G. 43 119, 239, Berlin KG. 19. Sept. 81, 22. Sept. 87, Jahrb. 2 296, G. 37 68, Dresden OLG. 29. Sept. 94 SächsA. 16 202, Oppenh.-D. N. 83. Eventueller Dolus genügt aber; Dresden 22. März 78 St. 8 308, Gillischewski aO.

Wegen Verübung gr. U. durch **Unterlassung** gilt das N. dβ btr. der ersten Alternative Bemerkte entsprechend; so nahm das zit. Dresden St. 8 308 mit Recht an, daß gr. U. durch Nichtanlegen einer Leine an den auf dem Spaziergange mitgenommenen Hund begangen werden könne (verneinte dagegen i. c. den Tatbestand, weil nicht der Vorsatz der Verkehrsstörung erwiesen sei, während genügt haben würde, wenn der Hund in der bestimmten Voraussicht, daß er wiederum in seine Unart verfallen würde, mitgenommen worden wäre).

Zu Nr. 12.

a) Das vorliegende Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), wegen dessen Entstehungsgeschichte S. 5 zu vergleichen, hat seinen Inhalt erst zu empfangen durch landesgesetzliche (vgl. GewerbeO. § 38) Normen, namentl. solche über den zulässigen „Zinsfuß". Da die ganze Regelung der Gewerbeausübung der „Pfandleiher u. Rückkaufshändler", als welche naturgemäß nur „öffentliche" (§ 290 N. 2) in Betracht kommen, aus polizeilichen Rücksichten erfolgt, so stellen die „**Zuwiderhdlgen**" (ein an sich farbloser Ausdruck, wie Übertretungen im § 145 — das. N. 3) gegen die darüber erlassenen Anordnungen als Polizeidelikte sich dar, weshalb auch eine bloß **fahrlässige** Zuwiderhdlg. strafbar ist, z. B. eine auf fahrl. Unkenntnis der Anordnungen beruhende; Frank N. XII, Rotering N. 12; vgl. auch Oppenh.-D. N. 86.

b) In Preußen ist eine entsprechende Anordnung ergangen durch das nach EGBGB. Art. 94 unberührt gebliebene G. btr. das Pfandleihgewerbe v. 17. März 1881 (vgl. Berlin KG. 2. Okt. 84, 25. Jan. 92, 10. Dez. 94, Jahrb. **5** 234, **13** 297, **16** 313 btr. § 5[6] bzw. § 6 bzw. § 12_2 desselben), das übrigens, wie folgeweise auch § 360[12], nur auf solche Personen Anwendung findet, die das Gewerbe eines Pfandleihers mit der gesetzlich erforderlichen Erlaubnis betreiben; RG. II 8. Mai 83 E. 8 283.

c) Trägt die Überschreitung des dem Pfandleiher gestatteten Zinsfußes zugleich die Merkmale einer strafb. wucherlichen Hdlg. an sich, so liegt **Idealkonk.** (§ 73) mit Wucher vor; so RG. III 5. Jan. 81 E. **3** 176; aM. Binding Lb. **1** 461. Zu weitgehend ist aber die Behauptung, daß **jede** Überschreitung des von der Behörde „bestimmten" Zinsfußes zugleich eine Überschreitung des **üblichen** Zinsfußes i. S. des § 302a (das. N. 9) sei; so: RG. II 17. Mai 92 E. **23** 121, Frank N. XII, Rüd.-St. N. 24, Koffka WucherG. N. 2, auch Binding aO.; aM.: Geyer 2 72, Hälschner 2 443; zweifelhaft ist Fuld WucherG. N. 8.

Zu Nr. 13.

a) Um den sog. Tierschutz handelt es sich nicht (vgl. Binding Lb. **1** 193, Frank N. XIII, Lange, Kohler, GS. **42** 43 ff., **47** 32 ff.; aM. Berner S. 696) wie namentl. daraus erhellt, daß die btr. Hdlgen nur unter Strafe gestellt sind, sofern sie vorgenommen werden entweder „**öffentlich**" (§ 110 N. 5) oder in „**Ärgernis erregender Weise**", also wie im § 166 (das. N. 7) bzw. § 183 (das. N. 5) dadurch, daß ein Ärgernis wirklich „**gegeben**" sein muß (so: Darmstadt OLG. 13. März 91 G. **41** 62, v. Hippel Tierquälerei S. 38; aM. Scholl ZStrW. **13** 291). Im letzteren Falle muß die Tat selbst, wenn sie auch nicht „öffentlich" geschehen zu sein braucht, dennoch vor Zeugen stattgefunden haben, weil sie durch ihre Begehung direkt ärgerniserregend gewirkt haben muß, ein indirektes Ärgernis aber, das z. B. durch die Kundbarmachung der heimlich begangenen Tat infolge der Offensichtlichkeit der Folgen der Mißhdlg. gegeben wird, nicht genügt; so: Stuttgart OLG. 10. Feb. 92 G. **41** 62 N. 1, Kohler G. **45** 181 f.; aM.: Darmstadt OLG. 11. Juni 97 G. **45** 291, München OLG. 8. Juni 99 E. **10** 216, Scholl aO. 317 ff. Bestraft wird vielmehr die Verletzung desjenigen menschlichen Empfindens, das im Mitgefühl für die Tiere sich äußert; Binding Lb. aO. u. Normen **1** 347, v. Liszt S. 622, Frank aO., Lange GS. **42** 49. Handelt es sich sonach um einen Angriff auf ein Rechtsgut (dagegen in mißverständlicher Auffassung des Begriffes „Rechtsgut" Scholl aO. S. 300), so ist nur die **vorsätzliche** Zuwiderhdlg. als bedroht anzusehen (Frank aO., Rüd.-St. N. 26, Rotering N. 13_1), was überdies durch den Wortlaut völlig außer Zweifel gestellt wird, da „quälen" u. „mißhandeln" — zumal in Verbindung mit den gebrauchten Adverbien — schon an sich den Vorsatz erfordern.

b) Der erste Mischtatbestand fordert ein „boshaftes Quälen". „Quälen" erscheint dem „Martern" (§ 251 N. 3) ähnlich (v. Liszt S. 445, v. Hippel aO. 39), während „boshaft" dem „böswillig" (§ 134 N. 3) gleichzustellen ist. Sonach wird unter einem boshaften Quälen ein solches zu verstehen sein, das nicht zu einem vernünftigen Zwecke, sondern lediglich um des Quälens selbst wegen erfolgt; so im wesentlichen: Berner S. 696, Binding Lb. I 193, Frank N. XIII, Rotering N. 13_1, v. Hippel aO. 39.

c) Der zweite Mischtatbestand der „rohen Mißhandlung", wobei „Mißhdlg." selbstverständlich als körperliche Mißhdlg. i. S. des § 223 (das. N. 2 ff.) mit dem durch die Verschiedenheit der menschlichen u. tierischen Natur bedingten Unterschiede zu verstehen ist, kann auch durch Unterlassungen (§ 1 N. 3a) erfüllt werden, z. B. durch Nichtgewährung der nötigen Nahrung (so: Berner S. 696, Rüd.-St. N. 26, Rotering N. 13_3, v. Hippel aO. 41; aM. Oppenh.-D. N. 89a), nicht aber, da es ein Kommissivdelikt ist, durch eine Unterlassung schlechthin (§ 1 N. 3b). Das körperliche Mißbehagen des Tieres braucht nicht die unmitelbare Folge der körperl. Einwirkung zu sein; RG. IV 12. Jan. 04 G. 51 178 (Mißhdlg. durch die Art des Transports), Hamburg OLG. 25. Juli 88 Vogt E. S. 129 (Einspannen eines wunden Pferdes ohne wärmenden Verband u. Hinaustreiben in die Winterkälte). Als „roh" ist diejenige Mißhdlg. zu bezeichnen, die eine Niedrigkeit der Gesinnung des Mißhandelnden an den Tag legt, insofern er über die Leiden des Tieres gleichgültig sich hinwegsetzt; Berlin KG. 30. Dez. 95 Jahrb. 17 472, Berner S. 996, Frank N. XIII, Rotering N. 13_1, v. Hippel aO. 40.

d) Die sog. Vivisektionen, dsgl. das sog. Schächten, das Schlachten der Tiere nach mosaischem Ritus, werden, selbst wenn sie „öffentlich" vorgenommen werden (wie z. B. jene in einer öffentlichen Vorlesung) oder „Ärgernis erregen sollten", dennoch schon deshalb regelmäßig nicht strafbar sein, weil die Merkmale des „boshaften" Quälens (b) bzw. des „rohen" Mißhandelns (c) nicht zutreffen (Frank N. XIII, Rüd.-St. N. 27, v. Hippel aO. 42; die Ausdrücke „boshaft" u. „roh" sind daher keineswegs mit Lange aO. 49 ff. für pleonastisch zu halten); sollten aber auch diese Merkmale vorliegen, so wird dennoch die strafrechtliche Verantwortlichkeit dadurch ausgeschlossen sein können (T. I Abschn. 4 N. 9b, d), daß die Hdlgen in Ausübung einer Amtsbefugnis bzw. eines anerkannten Berufes vorgenommen wurden, wie z. B. seitens des angestellten Schächters; so auch H. Meyer S. 761 u. Rüd.-St. N. 27; vgl. ferner btr. des Schächtens Stooß aO. 551 u. v. Hippel aO. 35.

Zu Nr. 14.

a) Das „unbefugte Halten von Glücksspielen" ist aus einem rein polizeilichen Gesichtspunkte unter Strafe gestellt (Rotering N. 14_1), so daß auch die fahrlässige Zuwiderhdlg., z. B. infolge Irrtums über mangelnde Befugnis, strafbar ist; so Frank N. XIV; aM. Binding Lb. I 407. Übrigens ist durch § 360^{14} i. V. mit den §§ 284—286 die Materie des Glücksspieles i. S. des EG. § 2 geregelt; vgl. § 284 N. 5.

b) Wegen der engeren Bedeutung von „Glücksspiel" s. § 284 N. 4, 7. Liegt der Tatbestand des § 286 (das. N. 2) vor, der gerade umgekehrt von den durch Nr. 14 nicht betroffenen Lotterien u. öffentl. Ausspielungen handelt, so kann die Nr. 14 keine Anwendung finden; RG. III 25. Sept. 80 R. 2 260, I 9. Feb. 82 E. 5 432. Sog. Bankhalten ist zwar der Regel nach (vgl. Abs. 2 des §. „Einziehung der in der Bank befindlichen Gelder"), noch nicht mit rechtlicher Notwendigkeit ein „Glücksspielhalten" i. S. der Nr. 14; es tut dies derjenige, der ein Glücksspiel in der Weise unternimmt oder in die Rolle des Unternehmers eintretend in der Weise fortsetzt, daß die Beteiligung daran einer unbestimmten Zahl von Personen gewährt wird, was nicht der Fall, wenn mehrere Personen an einem Glücksspiele, bei dem die Bank umgegangen, als Bankhalter sich beteiligen; so: zit. RG. R. 2 260, Frank N. XIV 2, Rotering N. 14_1; aM. Berlin 29. Mai 78 St. 8 311, wonach das Bankhalten stets das Glücksspielhalten in sich schließt. Daß das „Halten von Glücksspielen" auch schon den wirklichen Betrieb eines Glücksspieles erfordert, ist mit Rücksicht auf den polizeilichen Charakter des Deliktes zu verneinen; es genügt demnach, wenn Einrichtungen zum Glücksspiel getroffen bzw. unterhalten und anderen zur Benutzung

dargeboten werden; so: Geyer 2 74, Hälschner 2 446, Rüd.-St. N. 29, Rotering N. 14_1, während aus dem zit. RG. R. 2 260 eine gegenteilige Ansicht nicht zu entnehmen ist. Nach RG. IV 12. Feb. 97 E. 29 376 liegt Halten eines Glücksspiels schon dann vor, wenn der Unternehmer darauf sich beschränkt, anderen zum Betriebe des Glücksspiels einen Apparat unter Ausbedingung einer irgendwie bestimmten Vergütung zur Verfügung zu stellen.

c) Das Glücksspielhalten muß stattgefunden haben entweder „auf einem öffentl. Wege ꝛc." (§ 243⁴ N. 37a) oder „in einem öffentl. Versammlungsorte (§ 285 N. 1a).

d) Die fragliche Hdlg. ist nur dann strafbar, wenn sie „unbefugt" (§ 123 N. 14) geschieht, was ausweislich der Motive gegenüber dem PrStGB. § 340[11] eingeschoben ist, weil in den Bundesstaaten gleichmäßige Anordnungen nicht bestanden. Die Hdlg. ist sonach nicht bloß strafbar, wenn sie „landesrechtlichen Bestimmungen" zuwider geschieht (vgl. z. B. Nr. 9), sondern schon dann, wenn sie landesrechtlich nicht erlaubt ist; nur eine ausdrückliche Erlaubnis begründet die Befugnis (Frank N. XIV, Rotering N. 14_1) und macht damit die Hdlg. zu einer straflosen, aber nur insoweit, als die Veranstaltung entweder überhaupt nicht gewerbsmäßig, oder zwar gewerbsmäßig, jedoch so stattfindet, daß der Unternehmer von den Gewinn- u. Verlustmöglichkeiten des Spiels selbst nicht berührt wird; RG. IV 12. Feb. 97 E. 29 376 (vgl. § 284 N. 9_2). Vgl. auch RG. IV 2. Juni 96 E. 28 401 btr. der Bedeutung der Nr. 5 des Tarifs zum RStempelG. (jetzt v. 14. Juni 1900) sowie der Zirkularverf. d. PrMinisterien v. 30. Aug. 1886 (PrV. MBl. S. 20) betreffs der Statthaftigkeit der Aufstellung von Totalisatoren auf Rennplätzen mit poliz. Genehmigung, sowie Binding Lb. 1 408, der annimmt, daß der Totalisator gestattet werden dürfe, falls er nicht für eine öffentliche Spielbank zu halten sei; auch v. Liszt S. 484 N. 2 nimmt die Möglichkeit der Beschränkung der Anwendung der Nr. 14 durch Verwaltungsvorschriften an.

Zu Absatz 2.

Vgl. §§ 40 N. 7, 11, 13, 42 N. 3a.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 361.

Mit Haft wird bestraft:

1) wer, nachdem er unter Polizei-Aufsicht gestellt worden ist, den in Folge derselben ihm auferlegten Beschränkungen zuwiderhandelt;
2) wer, nachdem er des Bundesgebietes oder des Gebietes eines Bundesstaats verwiesen ist, ohne Erlaubniß zurückkehrt;
3) wer als Landstreicher umherzieht;
4) wer bettelt oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt, oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt;
5) wer sich dem Spiel, Trunk oder Müßiggang dergestalt hingibt, daß er in einen Zustand geräth, in welchem zu seinem Unterhalte oder zum Unterhalte derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittelung der Behörde fremde Hülfe in Anspruch genommen werden muß;
6) eine Weibsperson, welche wegen gewerbsmäßiger Unzucht einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist, wenn sie den in dieser Hinsicht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt, oder welche, ohne einer solchen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht treibt;
7) wer, wenn er aus öffentlichen Armenmitteln eine Unterstützung empfängt,

sich aus Arbeitsscheu weigert, die ihm von der Behörde angewiesene, seinen Kräften angemessene Arbeit zu verrichten;

8) **wer nach Verlust seines bisherigen Unterkommens binnen der ihm von der zuständigen Behörde bestimmten Frist sich kein anderweitiges Unterkommen verschafft hat und auch nicht nachweisen kann, daß er solches der von ihm angewandten Bemühungen ungeachtet nicht vermocht habe;**

9) **wer Kinder oder andere unter seiner Gewalt stehende Personen, welche seiner Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, von der Begehung von Diebstählen, sowie von der Begehung strafbarer Verletzungen der Zoll- oder Steuergesetze, oder der Gesetze zum Schutze der Forsten, der Feldfrüchte, der Jagd oder der Fischerei abzuhalten unterläßt. Die Vorschriften dieser Gesetze über die Haftbarkeit für die den Thäter treffenden Geldstrafen oder anderen Gegenleistungen werden hierdurch nicht berührt;**

10) **wer, obschon er in der Lage ist, diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten, sich der Unterhaltspflicht trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde derart entzieht, daß durch Vermittelung der Behörde fremde Hülfe in Anspruch genommen werden muß.**

In den Fällen der Nr. 9 und 10 kann statt der Haft auf Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark erkannt werden.

Btr. Nr. 1—8: PrStGB. §§ 116, 115, 117, 341 Abs. 1, 119^{1}, 146, $115^{2,3}$. Entw. I §§ 129, 128, 350^{1-3}, 156, $350^{4,5}$; II § 357^{1-8}. Btr. Nr. 9 u. 10: PrStGB. (fehlt); Entw. I, II (fehlt), StB. S. 762. Btr. Nr. 9: Entw. d. StGN. Art. I § 361^{6}, Art. II § 361^{9}. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 109 II, 120. StB. 1875/76 S. 1007, 1025—1029, 1360—1363. Btr. Nr. 10: Entw. d. G. v. 12. März 1894 Art. 2. Aktenst. II S. 1893/94 Nr. 57, 117, 142, 146, 147. StB. II S. 1893/94 S. 251—262, 898—900, 984—996, 1101 f.

Zu Nr. 3—8: vgl. § 362 u. KonsulargerichtsbarkeitsG. v. 7. Apr. 1900 § 63; insbs. zu Nr. 4: § 362 Abs. 2, zu Nr. 6 das. Abs. 3.

Zu Nr. 1.

a) Unter den infolge der „Stellung unter PolAufs." — nach der Ausdrucksweise (vgl. dagegen Nr. 6) lediglich im techn. S. des § 38_2 zu verstehen (Binding Lb. 2 744, v. Schwarze N. 1) — „auferlegten Beschränkungen" kann nach § 39 hier nur die durch Nr. 1 das. gestattete „Untersagung des Aufenthaltes an einzelnen bestimmten Orten" verstanden werden, da die „Verweisung aus dem Bundesgebiete" (das. Nr. 2) in Nr. 2 Berücksichtigung findet und gegen die Nr. 3 des § 39 seitens des unter PolAufs. Gestellten nicht zuwidergehandelt werden kann; Binding aO., Oppenh.-D. N. 4/5, v. Schwarze N. 1, Fuhr PolAufs. S. 89.

b) Die Bestrafung der gegen ein Verbot sich richtenden „Zuwiderhdlg." (§ 360 N. 12a) sichert die Durchführung der „Polizei-Aufsicht", hat demnach die Natur eines reinen Polizeideliktes (Abschn. 29 N. 2_2), so daß folgeweise nicht nur vorsätzliches, sondern auch fahrlässiges Betreten des verbotenen Ortes strafbar ist, wennschon die Untersagung, um überhaupt wirksam zu sein, zur Kenntnis des unter PolAufs. Gestellten gekommen sein muß (§ 39 N. 6); so in beiden Beziehungen: Frank N. 1, Rotering N. 1; aM.: Berner S. 699, Binding Lb. 2 745, Oppenh.-D. N. 7, nur vorsätzl. Begehung sei strafbar. Ein schuldloses Zuwiderhandeln, z. B. infolge unwiderstehlichen Zwanges, ist dagegen straflos.

c) Über die Voraussetzung, ob eine rechtsgültige PolAufs. bzw. eine gültige Untersagung vorliege, hat der die Nr. 1 anwendende Richter zu urteilen; Binding Lb. 2 745, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 2, Fuhr PolAufs. S. 90.

Zu Nr. 2.

a) Das StGB. selbst kennt nur „Verweisungen" (gleich „Ausweisungen" i. S. späterer Gesetze) von „Ausländern" (§ 8 N. 3a) aus dem „Bundesgebiete", d. h. dem „Gebiete des DR." (§ 3 N. 12 f.), und zwar im Falle des § 39², seitens der „höheren LPB.", in den Fällen der §§ 284_2, 362_3 seitens der — damit gleichbedeutenden (vgl. § 38 N. 8 sowie Binding Lb. 2 744 N. 1) — „LPB.". Es schützt aber Nr. 2 nicht nur die Durchführung dieser auf gerichtlichen Urteilen beruhenden Ausweisungen, sondern auch die bloß polizeilichen (vgl. dagegen N. 1a) und zwar sowohl diejenigen aus dem „Bundesgebiete" nach dem JesuitenG. v. 4. Juli 1872 § 2, als auch diejenigen aus dem „Gebiete eines Bundesstaats", die betreffs Inländer nach dem FreizügigkeitsG. § 3_2 oder betreffs Ausländer nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen — und zwar hier unbeschränkt — zulässig ist. Dagegen kann nach dem klaren Wortlaute der Nr. 2 keine Rede davon sein, daß sie im Falle des § 31 des UnterstützungswohnsitzG. (F. v. 12. März 1894) i. V. mit § 5 des FreizügigkeitsG. — also für den Fall der Rückkehr eines dem zur Übernahme verpflichteten Armenverbande zugeführten Hilfsbedürftigen — Anwendung finde.

b) Die „Verweisung" braucht nicht zwangsweise vollzogen zu sein, wohl aber muß der Betreffende das Gebiet verlassen haben, da nur das „Zurückkehren" mit Strafe bedroht wird; Oppenh.-D. N. 15, Fuhr PolAuff. S. 88. Diese Hdlg. ist eine vorsätzliche (Rotering N. 2), dennoch aber ist auch fahrlässiges Zuwiderhandeln strafbar, z. B. infolge Irrtums über die Erteilung der Rückkehrerlaubnis; es gilt nämlich in subjektiver Beziehung das N. 1b Bemerkte entsprechend; so: Frank N. II, Rotering N. 2; aM.: Binding Lb. 2 744, v. Schwarze N. 2.

Auch eine bloße „Durchreise", die notwendig einen gewissen Aufenthalt in dem btr. Gebiete in sich schließt, kann den Begriff der „Rückkehr" erfüllen; Colmar OLG. 8. Nov. 89 G. 37 372.

Das „Zurückkehren" muß „ohne Erlaubnis" erfolgt sein, d. h. ohne Erlaubnis derj. Polbehörde, in deren Bezirk der Betreffende zurückkehren will; München ObersteLG. 5. März 01 E. 1 300.

c) Die Frage, ob eine rechtswirksame Verweisung (vgl. §§ 39 N. 4, 284 N. 11, 362_3) erfolgt sei, unterliegt der strafrichterl. Prüfung, und zwar hinsichtlich aller tatsächl. u. rechtl. Voraussetzungen, also nicht nur, ob die Verweisung von einer dazu berufenen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit ausgesprochen sei, sondern auch hinsichtlich des Umfanges u. der zeitlichen Wirksamkeit einer erlassenen Verfügung; RG. III 17. Juni 82 E. 6 378, Binding Lb. 2 744 N. 4, Frank N. II, Oppenh.-D. N. 12, Rüd.-St. N. 3, Fuhr PolAuff. S. 90.

Die Zuständigkeit zur Ausweisung von Ausländern aus dem Gebiete eines Bundesstaats ist nach Landesrecht zu beurteilen; nach PrStaatsrecht kann sie nicht nur durch die Landes-, sondern auch durch die Ortspolizeibehörde erfolgen; RG. IV 21. Apr. 85 E. 12 154.

d) Mit der „Rückkehr" ist die Übertretung begangen, weshalb die Verjährung mit dem Tage jener beginnt (§ 67_4), nicht erst mit der Erlaubniserteilung; das zu b zit. München ObersteLG. E. 1 300.

Zu Nr. 3.

a) Das RStGB. hat, anders als der Code pénal art. 270 u. manche ältere D. Landesstrafgesetzbücher, eine Begriffsbestimmung btr. „Landstreichen" nicht aufgestellt; man darf deshalb annehmen, daß keine der aufgestellten Definitionen, insbs. auch nicht die des PrStGB. § 117, den Gesetzgeber voll befriedigt habe, daß er aber andererseits den Begriff nicht wesentlich anders, als er bisher in D. aufgefaßt worden, habe verstanden wissen wollen, weil sonst das Fehlen jeder Definition unerklärlich sein würde.

b) Das Gesetz selbst erfordert ein „Umherziehen". Dieses muß stattfinden „von Ort zu Ort"; das Durchstreichen einer Großstadt genügt nicht, worauf schon das Wort „Landstreichen" hindeutet; Berlin 4. Juli 77 St. 7 360, Berner S. 700, Binding Lb. 2 922, Schütze HRl. „Landstreicherei", Frank N. III 1, Rüd.-St. N. 5, Rotering N. 3_2 u. G. 34 133, v. Hippel Bettel S. 1. Ein solches Umherziehen von „Ort zu Ort" liegt nicht vor, wenn der Betreffende zwar die Umgebung seines Wohnsitzes abstreift, aber allabendlich an

diesen zurückkehrt; so: Frank aO., v. Hippel aO. 2; vgl. auch Berner aO.; aM. Binding aO. An sich freilich schließt der Besitz eines Wohnsitzes den Tatbestand des Landstreichens nicht aus; Berner aO., Rotering G. 34 132, v. Hippel aO.

c) Wenn v. Hippel aO. 7 das „Landstreichen" als ein „gewerbsm.", Binding Lb. 2 922 u. Rotering G. 34 126 f. es als ein „gewohnheitsm." Tun bezeichnen, so wird richtiger ein Zusammentreffen beider Momente gefordert werden müssen; so v. Schwarze N. 3, ein habituelles, den Charakter der Gewerbsmßgkt. an sich tragendes Verhalten; aM. Rüd.-St. N. 5. Das „Umherziehen" muß einem „Hange zum Wandern u. Müßiggange" entsprungen sein; darin liegt das Gewohnheitsmäßige (§ 260 N. 3); andererseits aber erachtet selbst Rotering aO. 128 — und ihm folgend Binding aO., Frank N. III u. v. Hippel aO. 4 — mit Recht nicht sowohl die, vielfach geforderte, Mittellosigkeit (so jedoch: das zu b zit. Berlin St. 7 360, Schütze HRl. Landstreicherei, Oppenh.-D. N. 18), als vielmehr den Umstand, ob das Wandern auf eigene oder auf fremde Kosten stattfinde, als das entscheidende Moment; das Landstreichen ist ein Umherziehen „auf fremde Kosten", und zwar regelmäßig in Ausübung des Bettels (so ausschließlich v. Hippel aO. 5) oder auch, wie Binding aO. hinzufügt, des Diebstahls. Es geschieht, um sich einen fortgesetzten Erwerb zu verschaffen, also gewerbsmäßig (§ 260 N. 2). Hiernach gehört das Landstreichen seinem Wesen nach zu den sog. Kollektivdelikten (§ 73 N. 5d) u. vereinigt in sich alle Eigentümlichkeiten der gewerbs- u. gewohnheitsm. Delikte; Binding aO. 922, Frank N. III u. Rotering N. 3_2 rechnen es zu den Dauerdelikten (§ 73 N. 5c), was an sich auch nicht unrichtig.

Kann man das Umherziehen des Landstreichers hiernach auch nicht als notwendig „erwerbszwecklos" (so das zit. Berlin) o. gar als „zwecklos" (so v. Hippel) bezeichnen, so verfolgt doch der Landstreicher keinesfalls gesetzlich erlaubte Erwerbszwecke, weshalb ein Landstreichen mit dem Erwerbszweck der Lohnhurerei vereinbar ist; RG. IV 28. Jan. 98 E. 30 438, Binding aO. 923. Ein nur gelegentliches, vorübergehendes Arbeiten unterbricht das Delikt nicht; Rotering G. 34 129, v. Hippel aO. 8.

d) Das Verbot des Landstreichens verfolgt den rein polizeilichen Zweck, einer Gefährdung vorzubeugen, die es erfahrungsmäßig für das wirtschaftliche Leben und die Rechtssicherheit mit sich bringt; so: Binding Hb. 1 359, Rotering N. 3_1 u. G. 34 125; aM. Bertsch Landstreicherei u. Bettel (Tübingen 1894) S. 2 ff. Handelt es sich aber auch nur um ein Polizeidelikt, so ist eine fahrlässige Begehung dennoch nicht denkbar.

e) Ein Landstreicher, der bettelt, verstößt nicht in Idealkonk. (§ 73) zugleich gegen die Nr. 4; so jedoch Stelling Umherziehen als Landstreicher S. 20 ff. sowie die früheren Aufl. des Komm. Vielmehr findet, da das Leben auf Kosten anderer zum Begriff gehört, Konsumtion des Bettelns statt; Binding Lb. 2 924 u. Frank III, während v. Hippel aO. 7 Gesetzeskonk. annimmt, indem Landstreichen ein qualifizierter Fall des Bettels sei (was nicht ganz richtig; s. o. c). und Oppenh.-D. N. 23/24, Meves G. 39 401, Bertsch aO. 35 sowie Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 25 N. 2 Realkonk. (§ 74) annehmen.

Zu Nr. 4.

a) Die verschiedenen Mischtatbestände der Nr. 4 erfordern sämtlich das Tatbestandsmoment des „Bettelns"; einer Definition hat der Gesetzgeber auch hier sich enthalten, offenbar weil er auf den Sinn hinweisen wollte, den das tägliche Leben mit dem Ausdrucke zu verbinden pflegt; RG. IV 6. Juni 90, 26. Feb. 97, E. 20 434, G. 45 49. Nach Auffassung des gemeinen Lebens bettelt derjenige, der aus wirklicher o. angeblicher Bedürftigkeit eine zu ihm nicht in näheren Beziehungen stehende (fremde) Privatperson um eine milde Gabe (Almosen) — die zwar an sich jeglicher Art sein kann (vgl. zit. RG. G. 45 49), aber doch Geld oder eine geldwerte Sache betreffen muß (Frank N. IVd), so daß z. B. ein Ansprechen um ein Glas Wasser kein Betteln ist, wofern nicht das Wasser ausnahmsweise einen Geldwert hat — für sich oder diejenigen, deren Unterhalt ihm obliegt, angeht — falls nicht dieses Angehen (u. b) aus besonderen Gründen als ein den Regeln des Verkehrs entsprechendes erscheint; vgl. in letzterer Beziehung Frank N. IVb, Rotering N. 4_5, Köhne, Sichart, ZStrW. 9 294, 13 9, v. Hippel Bettel S. 11 sowie Goltd. Mat. 2

200, 724, woraus erhellt, daß man bei der Redaktion der §§ 118, 341 PrStGB. davon ausging, es sei nicht jede vereinzelte Ansprache um eine milde Gabe als Betteln anzusehen; dementsprechend auch das zit. RG. E. 20 434, ferner: Berner S. 701, die vereinzelte Bitte um Unterstützung bei „wahrer Not" bzw. bei „augenblicklichen zufälligen Notständen o. Verlegenheiten" sei kein Betteln; den prinzipiell richtigen Standpunkt vertritt v. Hippel aO. 13, wenn er hervorhebt, daß die Grundsätze über Notstd. (§ 54) auch hier Anwendung fänden; so ferner: Frank N. IV, Ermel DJZ. 10 451, auch Binding aO. 918, dieser aber über § 54 hinausgehend, abgesehen davon, daß er den Bettel für ein gewerbsm. Delikt erachtet (aO. 913).

Hiernach scheidet vom Begriffe des B. namentl. aus:

α. das nicht auf wirklicher o. vorgespiegelter Bedürftigkeit beruhende, sondern nach örtlicher Sitte u. Gewohnheit erfolgende Angehen; zit. RG. E. 20 434 (ortsübliche Geschenke der Meister an ansprechende Gesellen), München OberstesLG. 29. Sept., 29. Nov. 00, E. 1 141, 216, Binding aO. 916, Frank N. IV b (Berufsgemeinschaft), v. Hippel aO. 12;

β. das Angehen einer Behörde, eines Unterstützungsvereins 2c., weil das Inanspruchnehmen solcher Hilfsquellen der wirtschaftl. Ordnung entspricht; so: München OLG. 6. Mai 93 E. 7 380, Rotering N. 4_2, Köhne, Sichart aO., v. Hippel aO. 15 (vgl. jedoch andererseits S. 12); z. T. aM.: Binding aO. 915;

γ. das sog. Kollektieren, d. h. das Ansprechen um Gaben für bestimmte, dem Ansprechenden persönlich fremde, in der Regel die Wohltätigkeit für andere betreffende Zwecke; Binding aO. 915, Teichmann HRl. „Bettelei", Frank N. IV a, Rotering N. 3_9; weiter geht noch Hamburg OLG. 26. Feb. 91 G. 39 181, indem es eine zugunsten notleidender streikender Arbeiter veranstaltete Sammlung auch bei deren Vornahme seitens der Streikenden selbst nicht als Betteln auffaßte; aM. aber v. Hippel aO. 10, der jedoch das Erfordernis der objektiven Rechtswidrigkt. betont (vgl. auch S. 13).

b) Der erste Mischtatbestand erfordert lediglich das Vorliegen des Bettelns in dem zu a erläuterten Sinne. Schon das bloße Angehen erfüllt sonach den Tatbestand, nicht erst die Gewährung des Almosens; so die GM., insbs. RG. BStS. 17. Apr. 82 E. 6 218. In welcher Art und Weise das B. sich abspielt, insbs. ob ausdrücklich o. durch schlüssige Hdlgen, ob mündlich o. schriftlich (Hamburg OLG. 27. Feb. 90 G. 38 76), ist gleichgültig, sofern nur eine positive auf Verabfolgung einer Gabe gerichtete Tätigkeit entwickelt wird; München OLG. 20. Juni 99 E. 10 218; es kann deshalb auch gefunden werden in dem Anbieten geringwertiger Waren zum Kauf; Dresden OLG. 2. Mai 89 G. 37 307, 13. Juni 01 SächsA. 22 413. Immer aber erfordert es eine vorsätzliche Hdlg.; v. Hippel aO. 11. Schon eine Einzelhdlg. kann zweifellos den Tatbestand des B. erfüllen; andererseits aber deutet gerade der Wortausdruck darauf hin, daß häufig ein Komplex von Einzelhdlgen zu einem Gesamtdelikt zusammengefaßt wird (§ 73 N. 7 b); wiederholtes Ansprechen auch verschiedener Personen ist deshalb häufig nur als eine strafb. Hdlg. aufzufassen; so: v. Schwarze N. 4, Rotering N. 4_3, v. Hippel aO. 12; vgl. auch Binding aO. 915; dagegen nimmt Oppenh.-D. N. 30 stets Realkonk. (§ 74) an.

Wg. des Verhältnisses zum Betruge vgl. § 263 N. 38 a, zum Landstreichen o. Nr. 3 e.

Wegen des sog. qualifizierten B. vgl. § 362_2 N. 3.

c) Der zweite Mischtatbestand erfordert ein vorsätzliches Handeln, nämlich ein „Anleiten und Ausschicken von Kindern zum Betteln". Mit „Kind" (Plural statt Singular; § 110 N. 14) wird hier (vgl. jedoch Nr. 9 N. a) eine im kindlichen Alter stehende Person bezeichnet; so: Berner S. 701, Oppenh.-D. N. 31, v. Hippel aO. 21, ferner v. Schwarze N. 4 u. Rotering N. 4_1, welche den Ausdruck nicht auf eigene Kinder beschränken; in dieser Beziehung ebenso Binding aO. 920 u. Frank N. IV 2, die im übrigen das kindl. Alter mit 12 J. endigen lassen. AM. Meves § 361[9] N. 2, dessen Behauptung, daß das StGB. mit „Kind" stets das Verwandtschaftsverhältnis ausdrücke, angesichts des § 169 (das. N. 8) entschieden zu weit geht. Darauf, ob das Kind zurechnungsfähig ist oder nicht, kann es nicht ankommen; denn auch die „Anleitung" eines bereits zurechnungsfähigen

Kindes würde nicht schon strafb. Anstiftung zum B. sein; liegt aber im konkreten Falle, z. B. beim Ausschicken Anstiftung zum B. vor, so findet diese Bestimmung keine Anwendung, da sie nur eine subsidiäre Bedeutung hat (s. u. Nr. 9c); so: Binding Lb. 1 236, 2 920, Frank aO., v. Hippel aO. 22. Zum Betteln selbst braucht es gar nicht gekommen zu sein; Binding aO. 2 920.

d) Nach dem dritten Mischtatbestande wird straffällig, wer gewisse „Personen“ (Plural statt Singular; § 110 N. 14) „vom Betteln abzuhalten unterläßt“. Der Tatbestand erfordert also ein Zuwiderhandeln gegen das auf „Abhalten vom B.“ gerichtete Gebot, charakterisiert sich somit als ein Unterlassungsdelikt (§ 1 N. 3b); so: Oppenh.-D. N. 32, Alboffer Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 219; aM. Meves § 361[9] N. 7, der nur ein uneigentl. Unterlassungsdel. annimmt, da eine positive Tätigkeit nicht vorgeschrieben sei. Hier handelt es sich sonach um ein Polizeidelikt (§ 139 N. 12), so daß auch das nur fahrlässige Unterlassen des Abhaltens vom B. strafbar ist; so: Frank N. IV aE., Meves § 361[9] N. 7, Rotering N. 4_1, v. Hippel aO. 22; jetzt auch Binding Lb. 1 236 (aM. jedoch 2 921). Kenntnis vom Betteln ist sonach nicht erforderlich; Oppenh.-D. N. 33, Rüd.-St. N. 6, v. Schwarze N. 5. Dagegen muß stets der Beweis des Mangels an pflichtgetreuer Aufsicht u. Vorsorge im Falle einer Bettelei geführt werden; eine Vermutung für den Mangel einer solchen ist nicht begründet; Berlin 5. Juli 78 St. 8 319 (btr. Nr. 9). Andererseits rechtfertigt die Feststellung des Mangels jeder Aufsicht die Anwendung der Nr. 4 (Oppenh.-D. N. 33), wenn es auch nicht richtig ist, die zur Bestrafung erforderliche „Unterlassung“ schlechthin mit Teichmann HRL. „Bettelei“ zu charakterisieren als „Mangel jeder Aufsicht“; Rüd.-St. N. 6. Die Personen, um welche es sich handelt, müssen: α. der „Gewalt und Aufsicht des Täters untergeben sein“ und zugleich (kumulativ) β. „zu seiner Hausgenossenschaft gehören“.

α) Hier handelt es sich wesentlich um eine rechtliche Voraussetzung; Binding Lb. 2 920, v. Hippel aO. 22; der Vorstand der Hausgenossenschaft muß aus eigenem oder abgeleitetem Rechte (so auch Rotering N. 4_1) befugt sein, neben der Aufsicht auch eine gewisse Gewalt auszuüben, die freilich keineswegs ein körperl. Züchtigungsr. erfordert; so im wesentlichen auch Meves § 361[9] N. 4, der aus der Kumulation von Gewalt und Aufsicht zugleich folgert, daß diese eine dauernde und das Gesamtverhalten betreffende sein müsse; ein ganz vorübergehendes Verhältnis wird allerdings nicht ausreichen. Häufig wird auch ein tatsächliches Verhältnis für ausreichend erachtet, infolgedessen die btr. Person den Anordnungen des Vorstandes der Hausgenossenschaft Folge zu leisten habe; so: Berlin 3. Dez. 74 St. 5 179, Oppenh.-D. N. 33a, auch Rotering N. 4_1. Dies kann jedoch unter einem anderen Gesichtspunkte als dem des abgeleiteten Rechtes für zutreffend nicht erachtet werden. Wenn früher nach den am Orte der Hausgenossenschaft geltenden Landesrechten angenommen wurde, daß i. S. der Nr. 4 (9) die Ehefrau der „Gewalt u. Aufsicht“ ihres Ehemannes unterworfen sei, so wird ein Gleiches nach BGB. nicht mehr anzunehmen sein, da die Ehefrau der Gewalt des Ehemannes nicht mehr unterworfen ist; dasselbe gilt bezüglich der großjährigen Kinder; vgl. Nr. 9a.

β) Es deckt sich der Begriff „Hausgenossenschaft“ mit dem im § 247 (das. N. 7) gebrauchten der „häuslichen Gemeinschaft“; die von Teichmann HRL. „Bettelei“, Meves § 361[9] N. 6 u. v. Schwarze N. 9 aufgestellte Behauptung, daß jenes ein weiterer Begriff sei, erscheint nicht begründet. Es handelt sich demnach um eine tatsächliche Voraussetzung.

Wg. der subsidiären Bedeutung der Vorschrift (ebenso v. Hippel aO. 22) vgl. Nr. 9 N. c.

Zu Nr. 5.

a) Vorausgesetzt wird die Unfähigkeit, sich selbst oder die Seinigen zu ernähren, welcher Zustand durch die näher bezeichnete Lebensweise verursacht sein muß; der Umstand, daß jemand Personen, die er zu unterhalten hat, zu ihrem Unterhalte nichts gegeben hat bzw. nichts geben will, genügt zur Anwendung der Nr. 5 keineswegs; RG. III 21. Feb. 80 R. 1 366, v. Hippel Bettel S. 24. Deshalb verneinte Berlin 6. Nov 74 O. 15 752 die Anwendung der Nr. 5 in einem Falle, wo die Unterhaltsunfähigkeit einer Prostituierten nicht durch „Spiel, Trunk o. Müßiggang“, sondern durch eine infolge ihres

unsittlichen Lebenswandels herbeigeführte syphilitische Krankheit verursacht war. Nicht verlangt wird eine solche Dauer des fraglichen Zustandes der Unterhaltsunfähigkeit, daß er in der Person des Betreffenden nicht wieder aufgehoben wird (so zit. Berlin), immerhin aber erfordert er insofern eine gewisse Dauer, als er zur Inanspruchnahme fremder Hilfe durch behördliche Vermittelung geführt haben muß; weitergehend verlangen Frank N. v u. v. Hippel aO. einen Zustand von längerer Dauer.

b) Der Charakter der Strafvorschrift ist ein rein polizeilicher; Rotering N. 5_1. Deshalb genügt es, wenn jemand in den erforderten Zustand sich nicht vorsätzlich versetzt, sondern fahrlässig gerät; Binding Lb. 1 235, Frank N. v, v. Hippel aO. 23.

Zu Nr. 6.

a) Die Strafvorschrift richtet sich vom polizeilichen Gesichtspunkte aus (Binding Lb. 1 195) gegen das „Treiben" (§ 260 N. 1) „gewerbsmäßiger Unzucht" seitens der „Weibspersonen".

α) „Unzucht" ist hier, ebenso wie in den §§ 180 ff. (vgl. § 180 N. 2) und §§ 236 (das. N. 5a), 237, wie von RG. II 15. Nov. 04 E. 37 303 (ebenso Meves N. 4) überzeugend nachgewiesen ist, im w. S. zu verstehen; aM.: Frank N. vi, Oppenh.-D. N. 41, Rüd.-St. N. 10 sowie die früheren Aufl. des Komm., die U. mit Beischlafsvollziehung, wenn auch die widernatürliche mitbegreifend, gleichstellen. Wegen des Begriffes der „Gewerbsmäßigkeit" vgl. § 260 N. 2, 5a, insbs. wegen des Erfordernisses, daß der Unzuchtsbetrieb mit einer nicht individuell abgeschlossenen Personenzahl in Aussicht genommen sein muß (ebenso Frank aO.), § 260 N. 2_2; aM. jedoch das dort zit. RG. E. 47 441.

β) „Weibsperson" bezeichnet an sich, wie „Frauensperson" (§ 176 N. 2), jede Person weiblichen Geschlechts, doch ist der Ausdruck entschieden deshalb gewählt, weil es der Natur der Sache nach nur um geschlechtlich bescholtene Frauenspersonen sich handelt. Auch auf Ehefrauen finden die Strafvorschriften ev. Anwendung.

b) Der erste Mischtatbestand erfordert als Subjekt insbs. eine solche „Weibsperson, die wegen gewerbsm. U. einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist". Unter der „polizeilichen Aufsicht" ist nicht eine ihrem Inhalte und Umfange nach vom Gesetze geregelte und ganz allgemein bei gewissen Voraussetzungen in Aussicht gestellte Maßregel zu verstehen, durch die der von ihr betroffenen Person im voraus bestimmte und für das Herrschaftsgebiet des StGB. gültige Beschränkungen ihrer persönl. Freiheit auferlegt werden, sondern eine dem Ermessen und der Machtbefugnis der einzelnen Polizeibehörde entfließende Anordnung, auf Grund welcher sie zum Erlaß von Vorschriften berechtigt wird, die dem Zwecke der Sicherung der Gesundheit, der öffentl. Ordnung und des öffentl. Anstandes dienen müssen, im übrigen aber den Verhältnissen des Bezirks der anordnenden Behörde anzupassen sind; in der Überwachung der Befolgung dieser Vorschriften gipfelt die Ausführung der polizeil. Aufsicht; durch die Unterstellung unter solche bringt die Polizeibehörde zum Ausdruck, daß sie den Betrieb der gewerbsm. U. seitens der btr. Weibsperson dulden wolle; RG. IV 9. Dez. 84 E. 11 286. Diese Duldung kann selbstverständlich ihre Wirkung nur üben, sobald und soweit die Gewerbsunzucht im Bezirke der duldenden Behörde betrieben wird; daher ist unter der poliz. Auss. i. S. der Nr. 6 nur eine solche zu verstehen, die an dem Orte, wo der Betrieb der Gewerbsunzucht stattfindet, angeordnet ist; zit. RG. Über die Berechtigung der Unterstellung einer Weibsperson unter sittenpol. Kontrolle steht den Gerichten ein Prüfungsrecht nicht zu; Colmar OLG. 29. Juli 81 Franz Rechtspr. 1 24, Hamburg OLG. 29. Juni 99 E. Hans.OLG. 1905 S. 6. Strafbar ist die seitens einer solchen Weibsperson begangene „Zuwiderhdlg." (§ 360[12] N. a) gegen „polizeiliche Vorschriften", die in Hinsicht auf den Betrieb der gewerbsm. U. erlassen sind, „zur Sicherung" (vgl. § 327 N. 3b) der „Gesundheit", der „öffentlichen Ordnung" (vgl. T. II Abschn. 7 N. 1) und des „öffentlichen Anstandes". Es handelt sich sonach um ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1) mit partikularrechtlicher Norm; Binding Lb. 2 743 N. 1. Daß letztere genereller Natur sein müsse, ist nicht gesagt; es sind deshalb auch individuelle Vorschriften für zulässig zu erachten; so: München OLG. 14. März 96 E. 9 23 (btr. Verbot mit einem best. Mann zu verkehren), Berner S. 702, Frank N. vi

1, Meves N. 8, Oppenh.-D. N. 38, auch Berlin 8. Feb. 77 O. 18 112, insofern es eine öffentl. Publikation der Vorschriften, wie bei PolVerordnungen, nicht für erforderlich, sondern Bekanntmachung an die einzelne Weibsperson für ausreichend erachtet; Berlin KG. 16. März 92 Jahrb. 14 398 nimmt sogar an, daß es nur um Sondervorschriften sich handele, die jeder Prostituierten bei der Stellung unter Kontrolle besonders erteilt würden; aM. Rotering N. 6_1. Inhaltlich können die Vorschriften Verbote oder auch Gebote enthalten, so daß die Zuwiderhdlgen je nachdem durch Hdlgen oder durch Unterlassungen verübt werden können (§ 1 N. 3a, b), und zwar bei dem polizeilichen Charakter des Deliktes (N. a) in jedem Falle auch durch fahrlässige (Abschn. 29 N. 2_2); Frank aO. Rotering N. 6_1. Übrigens darf nach der über den Inhalt der Vorschriften gegebenen Richtschnur die gewerbsm. U. nicht etwa landesrechtlich überhaupt verboten werden; Kayser HH. 4 42. Welche Polizeibehörde zum Erlasse der fr. Vorschriften zuständig ist, entscheidet sich nach Landesrecht.

c) Der zweite Mischtatbestand erfordert lediglich den Betrieb gewerbsm. U. (a) seitens einer solchen Weibsperson, die einer poliz. Aufs. wegen gewerbsm. U. nicht unterstellt ist. Der Umstand, daß sie wegen der Gemeingefährlichkeit der gewerbsm. U. polizeilich überwacht wird, schließt eine Bestrafung aus dieser Alternative nicht aus.

d) Mit Kuppelei (§§ 180 ff.) kann Idealkonk. stattfinden (§ 73); alsdann darf auf die Nebenstr. aus § 362 nicht erkannt werden; RG. III 17. Juni 01 E. 48 356.

Zu Nr. 7.

a) Subjekt der Übertr. ist eine aus „öffentlichen Armenmitteln Unterstützung empfangende" Person. „Öffentliche Armenmittel" sind nicht bloß die nach § 2 des G. über den Unterstützungswohnsitz (F. v. 12. März 1894) seitens der Orts- und bzw. Landarmenverbände bewilligten, sondern alle seitens der öffentl. Behörde gewährten Armenmittel (vgl. auch § 3^3 des RTWahlG. v. 31. Mai 1869 „Armenunterstützung aus öffentl. o. Gemeinde-Mitteln"); Oppenh.-D. N. 47, v. Hippel Bettel S. 25.

b) An eine derartige Person muß von der nach Landesrecht zuständigen (Oppenh.-D. N. 48, v. Hippel aO.) „Behörde" (§ 114 N. 1) ein Gebot, gerichtet auf Verrichtung einer bestimmten, „ihren Kräften angemessenen" (§ 16 N. 6) Arbeit ergangen sein, wobei das Urteil über die Angemessenheit dem Richter gebührt; Oppenh.-D. N. 49, v. Hippel aO. Es steht somit ein Unterlassungsdelikt in Frage (Alboffer Unterlassungsdel. S. 132, Rotering N. 7_1), das der allgemeinen Regel entsprechend (§ 1 N. 3b) auch durch eine Hdlg. verübt werden kann; die erforderliche „Weigerung" braucht hiernach keinesfalls eine ausdrückliche zu sein; Rotering aO.

c) Die Unterlassung (b) ist nur dann strafbar, wenn sie auf einem bestimmten Motive beruht, das hier ausnahmsweise als Deliktsmerkmal verwertet worden ist; Frank N. VII, Rotering N. 7_2. Jenes Motiv ist die „Arbeitsscheu"; eine hierauf beruhende Weigerung liegt nicht vor, wenn der Almosenempfänger die ihm zugewiesene Arbeit deshalb nicht verrichtet, weil er eine andere ihm mehr zusagende, gleich einträgliche Arbeit hat, mag sie auch nicht imstande sein, ihn zu ernähren; dsgl. nicht, wenn er annimmt, daß die ihm angewiesene Arbeit seine Kräfte übersteige; Berner S. 703, Binding Lb. 2 921, Rüd.-St. N. 14, v. Hippel aO.

d) Obschon ein Unterlassungsdelikt vorliegt (b), so ist dennoch mit dem aufgestellten Tatbestandsmerkmal der „Weigerung" begrifflich eine fahrlässige Begehung unvereinbar; so: Binding Lb. 2 921, v. Hippel aO. 26; aM. Rotering N. 7_1 u. besonders Frank N. VII, auch die früheren Aufl. des Komm.

Zu Nr. 8.

a) Subjekt der Übertr. ist eine Person, die „ihr bisheriges Unterkommen verloren" hat. Die Straftat selbst besteht in dem „Nicht-Verschaffen eines anderweitigen Unterkommens" und zwar „innerhalb der von der zuständigen Behörde bestimmten Frist", d. h. entgegen dem behördlichen auf Verschaffung eines Unterkommens gerichteten Gebote; Alboffer Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220. Demnach steht ein Unterlassungsdelikt in Frage, bei dessen polizeilicher Natur (§ 139 N. 12) auch die bloß

fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar ist (Abschn. 29 N. 2₁); Binding Lb. 2 295, Rotering N. 8, v. Hippel Bettel S. 29.

Die Fristbestimmung muß übrigens individuell für den Einzelfall erlassen sein: „nach Verlust des bisherigen Unterkommens"; Oppenh.-D. N. 52, Rotering N. 8, v. Hippel aO. 27. Die Bemessung der Dauer der Frist ist lediglich Sache der „zuständigen Behörde" (§§ 110 N. 20, 114 N. 1) und unterliegt der richterlichen Nachprüfung nicht; Berlin KG. 13. Apr. 85 Jahrb. 5 347, München OLG. 4. Feb. 93 E. 7 347, ObersteLG. 13. Juli 01 E. 2 21 (da das Gesetz keine Bestimmung über die Dauer der Frist enthalte, so müsse es der PolBehörde überlassen bleiben, je nach Umständen die denkbar kürzeste Frist — sofort — zu wählen). Welche Behörde zuständig sei, bestimmt sich nach Landesrecht; im Geltungsgebiete des PrG. v. 11. März 1850 ist die Ortspolizeibehörde zuständig, mit der Befugnis, das Recht allg. o. im besonderen Fall auf einen untergebenen Beamten zu übertragen; so das zit. Berlin KG.

b) Was den Begriff des „Unterkommens" anbetrifft, so wird meist angenommen, daß nach dem Zwecke und der Entstehungsgeschichte der Strafvorschrift darunter nicht bloß das Vorhandensein einer Wohnung zu verstehen sei, sondern daß auch die zum Lebensunterhalte notwendigen Mittel einzubegreifen seien; so: Berlin 21. Feb. 73, München 19. Okt. 77, St. 2 250, 8 314, Rostock OLG. 19. Sept. 94 G. 42 275, Berner S. 703, Oppenh.-D. N. 53, v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 1, v. Hippel aO. Dem Wortlaute gegenüber erscheint dies jedoch als eine unzulässige Analogie (§ 2 N. 4); es ist deshalb der Ausdruck ausschließlich von Obdach zu verstehen (vgl. FreizügigkeitsG. § 1[1] „eigene Wohnung o. ein Unterkommen"); so: Binding Lb. 2 924 N. 6, v. Liszt S. 620, Frank N. VIII, Rotering N. 8 (nur in bezug auf ein solches könne man vom „Verlieren" und „Verschaffen" sprechen), Köhne ZStrW. 9 296.

Nach dem Gesetzestexte ist ferner nur von dem „Unterkommen" desjenigen selbst, an den das Gebot sich richtet, die Rede; auch bei einem Familienvater handelt es sich nur um Beschaffung seines Unterkommens, nicht zugleich auch um dasjenige seiner Familie; so: Binding aO. 925, Oppenh.-D. N. 55, Rotering N. 8, v. Hippel aO. 28; aM.: Dresden 11. Jan. 75 St. 6 69, Berner S. 704.

Die „Verschaffung" eines Unterkommens erfordert, daß ein für eine gewisse Dauer gesicherter Genuß eines Obdachs erlangt sei, wenn auch nicht gerade ein zivilrechtl. verfolgbarer Anspruch auf bestimmte Räume; RG. III 5. Nov. 04 G. 52 86 (die bloße Anmeldung in einer Herberge für unbestimmte Dauer mit der Befugnis, sich in den Räumen aufzuhalten, genüge nicht). Dagegen gehört es nicht zum Begriff des „Verschaffens eines Unterkommens", daß es auf ehrliche Weise erworben sei; die etwaige Verbotswidrigkeit ist einflußlos (RG. I 8. Jan. 03 E. 36 59, zit. G. 52 86, Binding aO. 925 N. 1), wenn auch der zu erbringende Nachweis (N. c), daß Angekl. ein anderweites Unterkommen nicht zu erlangen vermocht habe, nur auf das Bemühen um ein solches Unterkommen zu beschränken ist, das mit Gesetz und Sitte nicht in Widerspruch steht; zit. RG. E. 36 59.

c) Obschon nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar ist (a), so ist doch immer behufs Bestrafung eine Schuld erforderlich; bei fehlender Schuld ist auch dieses Polizeidelikt ausgeschlossen, deshalb namentlich dann, wenn der zur Beschaffung des Unterkommens Aufgeforderte „solches sich zu verschaffen den von ihm angewandten Bemühungen ungeachtet nicht vermocht hat". Es entspricht dieses lediglich den allgemeinen Grundsätzen (T. I Abschn. 4 N. 2). Ausnahmsweise hat jedoch das Gesetz dem Angeklagten die Beweislast für diesen Schuldausschließungsgrund auferlegt; denn nach dem Wortlaute des Gesetzes (vgl. dagegen § 186; das. N. 10) hat er den Nachweis zu führen, d. h. die Beweismittel zu benennen und derartig zu bezeichnen, daß der Beweiserhebung nichts entgegensteht. Es ist somit im Gesetze eine Schuldvermutung aufgestellt, die nur durch den vom Angeklagten zu erbringenden Beweis widerlegt werden kann (bei der Natur des Strafprozesses werden dazu allerdings unter Umständen auch die eigenen Auslassungen des Angekl. ausreichen können); so: Binding Lb. 2 925 u. Normen 2 610, auch Löning S. 30 u. Rotering N. 8, die allerdings unzutreffend nur von einer Präsumtion

der Fahrlässigkeit sprechen. AM. Frank N. VIII 4 u. Oppenh.-D. N. 58, die verneinen, daß dem Angekl. formell eine Beweislast auferlegt sei, ferner v. Hippel aO. 30 (unter Berufung namentl. auf Bennecke S. 290; vgl. jedoch jetzt Bennecke-Beling S. 324: widerlegbare Präsumtion), während Schmid Präsumtionen S. 72 eine Mittelstellung einzunehmen scheint (Angekl. habe den Nachweis zu führen, der Richter aber darüber sich zu vergewissern, ob er es nicht könne). Zutreffend bemerkt dagegen Binding Lb. aO., daß der Angkl. bei dem von ihm zu führenden Nachweise „von Amts wegen" zu unterstützen sei.

Zu Nr. 9.

a) Bezüglich des Tatbestandes gilt zunächst das betreffs des dritten Mischtatbestandes der Nr. 4 (das. zu d) Bemerkte; denn auch hier handelt es sich, wie dort, um das „Unterlassen" des „Abhaltens" ebenderselben Personen von der Begehung bestimmter strafb. Hdlgen (es sind die Erfordernisse nur formell in etwas anderer Weise, sachlich aber gleichlautend aufgestellt). Demgemäß genügt auch hier Fahrlässigkeit; aM. Binding Lb. I 294 N. 5 (anders jedoch das. S. 236: „die vorsätzlich o. fahrlässig unterlassene Abhaltung"!).

Unter den gewaltuntergebenen Personen sind lediglich die „Kinder" hervorgehoben und zwar der praktischen Wichtigkeit wegen, wie auch die Bestimmung des § 55 (das. N. 1$_1$) zum Erlaß dieser Vorschrift den Anlaß gab; der Relativsatz („welche .., gehören") bezieht sich deshalb auch auf die Kinder; Oppenh.-D. N. 64, v. Schwarze N. 9. Bei dieser Sachlage erscheint es ohne erhebliche praktische Bedeutung, wenn meist (vgl.: Meves N. 2, Oppenh.-D. N. 31, v. Schwarze N. 9 A. 2) angenommen wird, daß hier mit dem Ausdrucke „Kinder" das Verwandtschaftsverhältnis bezeichnet werde, nicht aber, wie in Nr. 4 (das. N. c) das kindliche Lebensalter; richtiger und namentl. dem Gedanken der Motive zur StGN. Art. I § 55 entsprechender erscheint es jedoch, unter „Kindern" auch hier im kindlichen Lebensalter stehende Personen zu verstehen, also auch solche, die nicht eigene des Vorstehers der Hausgenossenschaft sind, während umgekehrt seine erwachsenen Söhne und Töchter den „anderen Personen" zuzuzählen sind. Großjährige Kinder aber unterstehen nach BGB. § 1626 nicht mehr der Gewalt des Vaters bzw. der Mutter, auch wenn sie in deren Hausgenossenschaft leben. Richtig wird angenommen, daß die Zurechnungsfähigkeit des Kindes hier so wenig wie in Nr. 4 die Strafbarkeit des Gewalthabers ausschließt; München OLG. 31. März 92 E. 7 72, Berner S. 705, Hälschner I 220 N. 3, Meves N. 2, Rüd.-St. N. 9, v. Schwarze N. 9.

b) Der Unterschied gegenüber dem btr. Mischtatbestande der Nr. 4 liegt lediglich darin, daß statt des „Bettelns" bestimmt bezeichnete andere strafb. Hdlgen in Frage kommen; eine weitere analoge Ausdehnung ist unzulässig (Meves N. 12), doch ist eine gesetzl. Ausdehnung erfolgt im § 6$_2$ des G. btr. den Schutz der Singvögel v. 22 März 1888.

α) „Diebstähle", und zwar nicht bloß die aus §§ 242 ff. strafbaren, sondern alle, wenn auch nach einer milderen Strafandrohung strafbare, unter den Deliktsbegriff des Diebst. fallende Hdlgen; so: München 10. Mai 78 St. 8 318, Meves N. 13, Oppenh.-D. N. 65, Rüd.-St. N. 9, v. Schwarze N. 9; aM. Rubo N. 18.

β) „Strafbare Verletzungen" (vgl. § 145 N. 3) gewisser „Gesetze", mögen sie Teile des StGB. (vgl. insbs. §§ 292 ff., 368^{10}, 370^{4}, 296) bilden oder besondere Reichs- bzw. Landesgesetze sein; das zu a zit. München OLG. E. 7 72, Meves N. 12.

Trotz des Ausdruckes zu β ist es übrigens, so gut wie im Falle zu α, gleichgültig, ob Bestrafung der gewaltuntergebenen Person eintritt oder aus irgendeinem Grunde — z. B. auch wegen Nichtvollendung des zwölften Lebensjahres (a) — ausgeschlossen ist (vgl. T. I Abschn. 3 N. 6); Meves N. 11.

c) Die ganze Strafvorschrift ist nur eine subsidiäre (§ 73 N. 13), so daß von ihrer Anwendung keine Rede ist, wenn die Eltern etwa in Gemeinschaft mit den Kindern (§ 47) eines Diebstahls sich schuldig machen, bzw. sie dazu angestiftet haben (§ 48); so: Berner S. 705, Oppenh.-D. N. 67, v. Schwarze N. 9; aM. Reuß Haftung Dritter S. 165, der eine Deliktskonk. mit Teilnahme annimmt. Dagegen kann mit Hehlerei aus § 259 Realkonk. (§ 74) eintreten; Meves N. 10.

d) Infolge der salvatorischen Klausel am Schlusse der Nr. 9 kommen eventuell die in

Nr. 9 aufrecht erhaltenen Vorschriften über die „Haftbarkeit" neben der Strafe aus Nr. 9 zur Anwendung; so: Oppenh.-D. N. 68, Leverkühn G. 38 301, Engels ZStrW. 12 138, Reuß Haftung Dritter S. 159 ff.; aM. Meves N. 14, nach dem die Anwendbarkeit der Nr. 9 ausgeschlossen sein soll, sobald wegen Haftbarkeit einzuschreiten sei.

Zu Nr. 10.

a) Diese Bestimmung ist zuf. des am 1. Apr. 1894 in Kraft getretenen G. v. 12. März 1894 (s. o. S. 35 unter Nr. XII) eingefügt, weil die Nr. 5 i. V. mit § 362 einen ausreichenden Schutz gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme der Armenpflege nicht gewährte. Die Fassung der Nr. 10 ist nicht glücklich, denn nach ihr scheinen die — im Relativsatz erwähnte — „Pflicht zur Ernährung" und die „Unterhaltspflicht" von gleichem Umfange zu sein, während letztere schon ihrem Wortlaute nach über eine bloße Ernährungspflicht hinausgeht (vgl. H. Seuffert ZStrW. 15 810). Für den Inhalt der Strafbestimmung ist aber das maßgebende die „Unterhaltspflicht", denn strafbar ist, wer dieser trotz Aufforderung der „zuständigen Behörde" (vgl. darüber Luppe DJZ. 10 691) in einer näher bestimmten Art sich entzieht. Wann eine „Unterhaltspflicht" vorliegt, für wen sie besteht und wem gegenüber, endlich in welchem Umfange, bestimmt sich h. z. T. nach den Vorschriften des BGB. und unterliegt daher der richterl. Nachprüfung (v. Hippel Bettel S. 32; vgl. auch Dresden OLG. 14. Feb. 01 SächsA. 22 123); vgl. deshalb wg. der Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber seiner Frau §§ 1360 f., insbs. im Falle der Scheidung wg. derjenigen des allein für schuldig erklärten Mannes bzw. seiner Erben §§ 1578 ff., 1581, ferner des einen Ehegatten gegenüber dem anderen im Falle der Scheidung wg. Geisteskrankheit § 1578, ferner der Verwandten in gerader Linie untereinander §§ 1601 ff., insbs. §§ 1610 f., ferner des Vaters gegenüber einem, nicht als ehelich geltenden, Kinde aus nichtiger Ehe § 1703, endlich des Vaters sowie weiterhin der Mutter und der mütterlichen Verwandten gegenüber einem unehel. Kinde §§ 1708 f.; im übrigen s. die detaillierten Ausführungen in Eckstein, Strafb. Verletzung d. Unterhaltspflicht S. 16 ff. Unberührt geblieben durch die Strafvorschrift der Nr. 10 sind die landesgesetzl. Vorschriften btr. die Zulässigkeit polizeil. Zwangsgewalt gegen die Unterhaltspflichtigen.

b) Das „Sichentziehen" bezeichnet die vorsätzliche Nichterfüllung der Pflicht; zit. Dresden SächsA. 22 123, Frank N. x, v. Hippel aO., H. Seuffert aO. 813. Handelt es sich auch um ein Unterlassungsdelikt (H. Seuffert aO. 814), so ist doch ausnahmsweise, infolge positiver Bestimmung, die in dem Begriffe des Wortes „Sichentziehen" liegt, die fahrlässige Unterlassung nicht strafbar. Für Einzelfälle ist hervorzuheben: α. wenn auch für die Unterhaltspflicht gegebenenfalls BGB. § 1603₂ maßgebend ist, so kann doch ein „Sichentziehen" nur angenommen werden, falls der Unterhaltspflichtige überhaupt in der Lage ist, etwas für den Unterhalt der Kinder abzugeben; Hamburg OLG. 23. Dez. 03 E. HansOLG. 1905 S. 8; β. ein „Sichentziehen" liegt nicht vor, wenn aus besonderen Gründen der Unterhalt nach BGB. § 1612₁ in Geld zu leisten ist, der Unterhaltsbetrag aber noch nicht festgestellt ist; Darmstadt OLG. 24. Nov. 99 G. 48 372.

Schlußnote. Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8 (insbs. btr. Nr. 9 u. 10 das. aγ), 9 u. 10 sowie btr. der Nr. 3—8 auch § 362. Die seitens der Bundesregierungen beabsichtigte Beziehung des § 362 auch auf die durch das G. v. 12. März 1894 hinzugefügte Ergänzung ist weggefallen, da diese nicht, wie beantragt war, hinter der Nr. 5 als Nr. 5a, sondern als Nr. 10 eingestellt ist. Diese Folge bezweckte der Antrag Molkenbuhr (vgl. über die Entstehungsgeschichte o. S. 7) ausdrücklich.

§. 362.

Die nach Vorschrift des §. 361 Nr. 3 bis 8 Verurtheilten können zu Arbeiten, welche ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessen sind, innerhalb und, sofern sie von anderen freien Arbeitern getrennt gehalten werden, auch außerhalb der Strafanstalt angehalten werden.

Bei der Verurtheilung zur Haft kann zugleich erkannt werden, daß die

verurtheilte Person nach verbüßter Strafe der Landespolizeibehörde zu überweisen sei. Im Falle des §. 361 Nr. 4 ist dieses jedoch nur dann zulässig, wenn der Verurtheilte in den letzten drei Jahren wegen dieser Uebertretung mehrmals rechtskräftig verurtheilt worden ist, oder wenn derselbe unter Drohungen oder mit Waffen gebettelt hat.

Durch die Ueberweisung erhält die Landespolizeibehörde die Befugniß, die verurtheilte Person bis zu zwei Jahren entweder in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden. Im Falle des § 361 Nr. 6 kann die Landespolizeibehörde die verurtheilte Person statt in ein Arbeitshaus in eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder in ein Asyl unterbringen; die Unterbringung in ein Arbeitshaus ist unzulässig, falls die verurtheilte Person zur Zeit der Verurtheilung das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

Ist gegen einen Ausländer auf Ueberweisung an die Landespolizeibehörde erkannt, so kann neben oder an Stelle der Unterbringung Verweisung aus dem Bundesgebiet eintreten.

PrStGB. §§ 120, 341 Abs. 2. Entw. I § 350 Abs. 2—4, II § 358.
Aktenst. Nr. 105, 124 I 2. StB. S. 762—764.
Entw. d. G. v. 25. Juni 1900. Aktenst. 1898/1900 Nr. 112, 834. StB. 1898/1900 S. 5691 f.
Vgl. G. btr. Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft v. 14. Juli 1904 § 2, insbes. zu Abs. 3 u. 4: § 161a.

Zu Absatz 1. N. 1.

1) Absatz 1, der von der in den „Grundsätzen" des BR. (vgl. o. T. I Abschn. 1 N. 1_2) sog. „geschärften Haftstr." handelt (das. §§ 11^3, 17), enthält eine Ausnahme von dem Prinzip des § 18_2 (das. N. 4); die aus den Nr. 3—8 Verurteilten sollen, wie die zur Gefängnisstrafe Verurteilten nach § 16_2, zur Arbeit angehalten werden können, ohne daß ihnen jedoch, wie diesen (das. N. 5), ein Recht auf Arbeit eingeräumt ist. Unter der bei jeder Außenarbeit Gefangener (vgl. §§ 15_2, 16_3) gestellten Bedingung der Trennung von anderen freien Arbeitern können die Arbeiten auch „außerhalb der Anstalt" stattfinden, und zwar — hier wie bei den Zuchthaussträflingen — selbst ohne die Zustimmung der Verurteilten.

Zu Absatz 2 bis 4. N. 2—5.

2) Die Abs. 2 bis 4, die ihre jetzige Fassung erst durch das AbänderungsG. v. 25. Juni 1900, die sog. lex Heinze (s. o. S. 7) erhalten haben, gestatten die Zulässigkeit einer eigentümlichen Nebenstrafe (T. I Abschn. 1 N. 3 b Nr. 9), indem „bei der Verurteilung zur Haft" zugleich „erkannt" — d. h. im entscheidenden Teil des Urteils verfügt — werden kann: die „Überweisung des Verurteilten nach verbüßter Strafe an die LPB." (gleichbedeutend mit der „höheren LPB." des § 38; vgl. das. N. 8); der Strafcharakter dieser Maßregel muß aus denselben Gründen angenommen werden wie bei dem Aussprechen der ZulPolAuff. (§ 38 N. 1); hiergegen kann auch der Wortlaut nicht geltend gemacht werden; denn die Worte „nach verbüßter Strafe" bedeuten nichts anderes als „nach verbüßter Haftstrafe"; so: RG. III 17. Juni 01 G. 48 356, Finger 1 451, 493, Merkel S. 222, H. Meyer S. 381, Schütze S. 80, Oppenh.-D. N. 5, auch v. Hippel Korrektionelle Nachhaft (Freiburg 1889) S. 100 f. u. Bettel S. 52 ff., zugleich, namentl. der u. N. 4_2 zit. PrMinisterialverfügg. gegenüber, betonend, daß zwischen der Überweisung und der Nachhaft selbst nicht unterschieden werden dürfe, da dieselben eng zusammengehörten; aM.: Berner S. 226 (polizeil. Besserungs-Nachhaft), Binding Grundr. S. 218 u. Lb. 2 926, Frank N. III (beide: Polizeimaßregel), Rotering N. 1_1 (Präventivmaßregel), Beling Grundzüge [3] S. 126 u. KrVJSchr. 41 90, während Hälschner 1 629 vermittelnd die Überweisung für eine Administrativmaßregel und zugleich für eine Nebenstr. erklärt, v. Schwarze S. 80 sie für eine „Nebenstr. o. (richtiger)

Nachstr. poliz. Natur" erachtet. Handelt es sich um eine Strafe, so kann nicht die Rede davon sein, daß die Überweisung auch dann zulässig sei, wenn nach § 73 auf eine andere Strafe als auf „Haft" erkannt sei; so jedoch folgerichtig Binding Lb. 2 926.

Da es um eine Strafe sich handelt, so gilt btr. der Möglichkeit einer Begnadigung das § 38 N. 1₃ Bemerkte entsprechend; aM. folgerichtig Binding Hb. 1 874 sowie Grundr. aO., der eine Begnadigung nicht für zulässig hält, i. F. erfolgter Begnadigung hinsichtlich der Haftstr. aber § 38₃ analog anwendet; letzterem ist beizutreten; aM. Frank N. III u. v. Hippel Bettel S. 68, die Befugnis der LPB. erlösche bei Erlaß der Haftstrafe.

Die Verjährung der Vollstreckung der Nebenstr. tritt zugleich ein mit derjenigen der Haftstr.; § 70 N. 5b.

3) Im Falle des § 361⁴ (Bettelei 2c.) ist die Überweisung an die LPB. (d. h. der darauf lautende Ausspruch des Gerichts; aM. v. Hippel Bettel S. 36, der nach dem Wortlaute des Gesetzes die gerichtl. Überweisung stets für zulässig u. nur durch das Recht der LPB. eingeschränkt erachtet) nur zulässig, wenn der Verurteilte:

a. entweder „rückfällig" ist, freilich in einem besonderen Sinne (vgl. § 244 N. 1 I b, 2), indem er „in den letzten 3 J. wegen dieser Übertr. (d. h. irgendeiner Alternative der Nr. 4) mehrmals (d. h. mindestens 2 Mal — § 47 N. 1 —; so auch RG. III 11. Dez. 80 R. 3 31) rechtskräftig (§ 30 N. 2, insbs. das dort zit. RG. E. 36 313 btr. § 362₂) verurteilt" sein muß (ohne daß es eines Vollzuges der Strafen bedarf; so die GM.), d. h. die Rechtskraft mindestens zweier aus Nr. 4 verurteilender Urteile muß innerhalb der 3 letzten Jahre — und zwar, wie nach allg. Prinzipien angenommen werden muß, vor Verübung der gegenwärtigen Tat (RG. III 23. Dez. 82 E. 7 431, Oppenh.-D. N. 9), nicht etwa vor der neuen Urteilsfällung — eingetreten sein, mag auch das erste jener beiden Urteile bereits vor Beginn der 3 J. verkündet sein; Voraussetzung ist dabei auch hier (vgl. § 244 N. 7) das Vorliegen inländischer Verurteilungen; Binding Lb. 2 925 N. 7. Übrigens kann die Überweisung eines Bettlers an die LPB. auch dann ausgesprochen werden, wenn innerhalb der letzten 3 J. bereits wegen Bettelns eine solche Überweisung erkannt, auch die Nachhaft verhängt worden war, seit jenem Urteile aber mehrere neuere Verurteilungen wegen Bettelns nicht ergangen waren; zit. RG. E. 7 431; wie die Verurteilungen über den dreijährigen Zeitraum sich verteilen, ist gleichgültig; sie können deshalb auch in ein Jahr, z. B. in das letzte, fallen; Dresden OLG. 2. Mai 95 SächsA. 16 495;

b. oder „gebettelt" (d. h. gegen die erste Alternative der Nr. 4 verstoßen) hat und zwar unter gewissen straferhöh. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 264, 266, 295, nämlich

α. entweder „unter Drohungen" (§ 48 N. 11 a), die hier nicht solche mit strafb. o. verbotenen Hdlgen zu sein brauchen (so Rotering N. 1; aM. Binding Normen 2 527 N. 757);

β. oder „mit Waffen"; „Waffen" sind hier nicht im techn. Sinne (§ 127 N. 2 a₂) zu verstehen; so: Frank N. III, Oppenh.-D. N. 11, Rotering N. 1₂; vgl. auch RG. I 22. Nov. 88 R. 10 683 (gelegentlich); aM.: Binding Lb. 2 925 N. 8, Rubo N. 4. Es gilt deshalb das § 123 N. 25 Bemerkte entsprechend, weshalb es nicht erforderlich erscheint, daß die Waffe in äußerlich erkennbarer Weise geführt wurde (so v. Hippel Bettel S. 18; aM. Binding aO. 925, Oppenh.-D. N. 11, auch wohl Rotering aO.); das straferhöh. Moment ist vielmehr die objektive Gefährlichkeit.

Bezüglich des Verhältnisses des qualifizierten Bettelns zur Erpressung (§ 253) ist zu unterscheiden:

Bilden i. F. zu α die „Drohungen" das Mittel der Nötigung zu einer Gabe, so liegt lediglich Erpressung vor, und ein Betteln kommt überhaupt nicht in Frage; die Anwendung des § 362 ist deshalb ausgeschlossen; Binding Lb. 1 375 (das Gefängnis müsse den Dienst der Nachhaft leisten; s. jedoch unten); über das entsprechende Verhältnis zum Betruge vgl. § 263 N. 38a; bilden dagegen die Drohungen nur eine Begleiterscheinung beim Betteln (vgl. „unter Drohungen"), so findet § 361⁴ i. V. mit § 362 ausschließlich Anwendung; (vgl. RG. FS. 8. Sept. 02 E. 35 343); eine Idealkonk. (§ 73) zwischen Erpressung u. qualifiz. Betteln ist demnach nur denkbar, falls bei einer einheitl. Tat, wenn die Drohung anfänglich nur eine Begleiterscheinung des Bettelns bildet, der somit auf

Erlangung einer freiwilligen Gabe gerichtete Wille demnächst dahin sich umwandelt, die Gabe mittels Nötigung durch Drohung o. Gewalt zu erlangen. Dieser Auffassung stehen im wesentlichen zwei Ansichten gegenüber; die eine (auch in den früheren Aufl. des Komm. vertretene) geht dahin, daß zwischen Erpressung u. dem fr. Falle des qualif. Bettelns Gesetzeskonk. bestehe, wobei das letztere als Spezialfall den § 253 ausschließe; so: Frank N. IV, v. Hippel aO. 20 f. Die andere Ansicht aber nimmt das Vorliegen einer Idealkonk. an; so namentl. RG. III 16. Feb. 99 E. 32 46 (vgl. auch das zit. E. 35 343, das hierüber sich nicht ausspricht), ferner Oetker GS. 64 191, aber auch in Widerspruch mit sich selbst (s. o.) Binding Lb. 2 926 (mit der Erpressung konkurriere meist der Bettel „unter Drohungen", worunter man zwar auch diej. wegen verweigerter Gabe zu verstehen habe, aber doch nicht sie allein, sd. auch den Bettel durch Drohung!). Während nun das zit. RG. E. 32 46 folgerichtig i. F. der Idealkonk. nur die Strafandrohungen der §§ 253 ff. anwendet, nimmt Binding — mit welchem Recht? — eine „berichtigende Auslegung" des Gesetzes dahin vor, daß die Überweisung an die LPBehörde neben jeder Strafe zulässig sei, auf die wg. eines der Delikte des § 361 [3–8] erkannt worden sei, auch dann, wenn diese Strafe nach § 73 auf eine andere Freiheitsstr. als auf Haft laute. Nach der Auffassung des zit. RG. E. 32 46, der Oetker aO. N. 1 sich anschließt, bleiben für die Anwendung des § 362, dagegen die Fälle mit Drohungen ohne Nötigungscharakter; das zit. RG. E. 35 343 spricht das aber nicht aus, bedient sich vielmehr einer auf eine gegenteilige Auffassung deutenden Wendung (vgl. „Auch ihnen gegenüber rc." auf S. 344).

Im Falle zu β dagegen kann zwar das Betteln „mit Waffen" zugleich ein solches „durch" o. „unter Drohung" sein, unter welcher Voraussetzung dann das zu α Ausgeführte Platz greift, es braucht aber diese Bedeutung nicht zu haben; so Oetker aO. 192; aM. Binding Lb. 2 925, der mit Waffen Bettelnde wolle sein Bettelziel durch Drohung erreichen, weshalb stets Idealkonk. mit Erpressung vorliege. Nach der diesseitigen Ansicht kann Idealkonk. gegeben sein (so auch Frank N. IV), während Oetker aO. nur qualif. Betteln annimmt, falls es nicht zu einer konkludenten Drohung gekommen ist.

4) Aus der erkannten Überweisung erwächst der LPB. — und zwar nach Nr. 2 des Beschl. des BR. v. 16. Juni 1872 „desjenigen Bundesstaates, in welchem die Verurteilung erfolgt ist" (vgl. § 38 N. 8 der 5. Aufl. d. Komm.) — in Gemäßheit des neu eingeschalteten Abs. 3 die „Befugnis" (d. h. das Recht; § 123 N. 14), den Verurteilten bis zu zwei Jahren entweder in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden. Diese Befugnis ist jedoch (abgesehen von der Vorschrift des Abs. 4) in doppelter Weise näher bestimmt:

a) Im Falle des § 361 Nr. 6 ist die LPB. befugt, die verurteilte Person („Weibsperson") statt in ein Arbeitshaus unterzubringen, entweder in eine „Besserungs- o. Erziehungsanstalt" (vgl. die wohl nicht unabsichtlich gewählte Umstellung gegenüber § 56 Abs. 2 — das. N. 9 —, wo es heißt „Erziehungs- o. Besserungsanstalt"; in § 56 überwiegt der Zweck der Erziehung, hier der der Besserung), oder in ein „Asyl".

b) Falls der Verurteilte zur Zeit der „Verurteilung", d. h. hier z. Z. des Erlasses des ersten verurteilenden Urteils, das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte (vgl. § 55 N. 3), ist die Unterbringung in ein Arbeitshaus überhaupt unzulässig.

Die ausschließende Frist von zwei Jahren — innerhalb welcher die sog. Nachhaft in beliebiger Dauer, sei es zufolge einer o. mehrerer Anordnungen oder mit Unterbrechungen, insbs. Beurlaubungen, stattfinden kann (Berner S. 227, Oppenh.-D. N. 7, v. Hippel Bettel S. 95) — ist nicht nur auf die Dauer der zulässigen Korrektionsnachhaft zu beziehen, sondern bezeichnet zugleich die Dauer der Vollstreckungsbefugnis, so daß die Nachhaft auf einen späteren Zeitraum als 2 Jahre nach Verbüßung der Haft unter keinen Umständen sich erstrecken kann; es entspricht das auch dem Charakter der Nebenstr., deren Wirkungen spätestens mit der Verbüßung der Hauptstr. beginnen; so B. des PrMinisters des Innern v. 27. Juli 1875 (PrBMBl. S. 182) sowie ferner: Finger 1 494, insbs. N. 640, Hälschner 1 630, Oppenh.-D. N. 5, Rubo N. 3, Rüd.-St. N. 3; aM. v. Schwarze N. 2 A. 2, insofern er für den Fall, daß die Überweisung, z. B. wegen Latitierens o. Verbüßung einer

anderen Strafe nicht erfolgen konnte, eine Erstreckung der Frist annimmt, sowie allgemein Binding 2 926 N. 4, Frank N. VII 1 u. v. Hippel Bettel S. 93. Wird zugleich wegen einer anderen Übertr. eine Haftstr. erkannt, im Urteile aber eine Gesamtbetragsstrafe (§ 77 N. 2) ausgesprochen, so kann freilich die Frist erst nach ihrer Verbüßung beginnen, weil die in ihr enthaltene Haftstrafe aus Nr. 3—8 auch erst mit dem letzten Tage als verbüßt gelten kann.

5) Die der LPB. durch Abs. 3 verliehene Befugnis wird durch die Vorschrift des Abs. 4 erweitert, für den Fall nämlich, wenn der Verurteilte ein „Ausländer" (§ 8 N. 3a) ist; dann kann nach Ermessen der LPB. nicht nur (wie früher) „an Stelle", sondern (nach der neuen Fassung) „neben" der Unterbringung Verweisung aus dem Bundesgebiet (§§ 39², 361²) eintreten.

Auch für die „Verweisung des Ausländers aus dem Bundesgebiet" gilt die Frist (N. 4₂) in dem Sinne, daß die Ausweisung innerhalb der 2 Jahre geschehen muß. Dagegen ist aus dem Wortlaute des Abs. 4 nicht zu entnehmen, daß die Wirkung der Ausweisung zeitlich auf die Dauer von 2 Jahren sich beschränke; so außer dem § 39 N. 4 zit. Zirkularschreiben des ehem. RKanzleramtes v. 8. Okt. 1873 (das auf die Zulässigkt. der Zurücknahme des Ausweisungsbefehls hinweist): Hamburg OLG. 10. Sept. 90, Vogt Entsch. S. 134, Dresden OLG. 29. Jan. 91 SächsA. 12 318, Binding Lb. 2 926 N. 5, Schütze S. 80, Frank N. VII 4, Rüd.-St. N. 3, v. Schwarze N. 7, v. Hippel Bettel S. 175; aM.: Hälschner 1 630, Oppenh.-D. N. 15.

§. 363.

Wer, um Behörden oder Privatpersonen zum Zwecke seines besseren Fortkommens oder des besseren Fortkommens eines Anderen zu täuschen, Pässe, Militärabschiede, Wanderbücher oder sonstige Legitimationspapiere, Dienst- oder Arbeitsbücher oder sonstige auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende Zeugnisse, sowie Führungs- oder Fähigkeitszeugnisse falsch anfertigt oder verfälscht, oder wissentlich von einer solchen falschen oder verfälschten Urkunde Gebrauch macht, wird mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher zu demselben Zwecke von solchen für einen Anderen ausgestellten echten Urkunden, als ob sie für ihn ausgestellt seien, Gebrauch macht, oder welcher solche für ihn ausgestellte Urkunden einem Anderen zu dem gedachten Zwecke überläßt.

PrStGB. § 254. Entw. I § 250, II § 359. Entw. d. StGN. Art. I § 363. Aktenst. 1875/76 Nr. 54.

Im allgemeinen. N. 1—8.

1) Nachdem noch der Entw. I daran festgehalten hatte, den Inhalt des PrStGB. § 254 wörtlich an der entsprechenden Stelle, d. h. im Abschn. 23 (als § 250), wiederzugeben, nahm der Entw. II davon Abstand, die Bestimmung in den Abschn. 23 einzustellen, und zwar ausweislich der Motive zum § 262 (StGB. § 267), weil das „lediglich behufs des besseren Fortkommens geschehene Fälschen von Legitimationspapieren in Rücksicht auf diesen Zweck als ein milderer Fall der Urkfälschung sich darstelle, weshalb er in den Übertretungsabschn. verwiesen worden sei". Dem ist auch das StGB. selbst gefolgt, woraus die Folge sich ergibt, daß die Regelung der Materie der Urkfälschg. i. S. des EG. § 2₁ nunmehr im Abschn. 23 (das. N. 1) in Verbindung mit § 363 erfolgt ist; Binding Hb. 1 321, Rotering N. 1 u. 4; auch das RG. nimmt an, daß zwischen den Tatbeständen der §§ 267 bzw. 270 und des § 363 weder hinsichtlich des Gegenstandes der Fälschung, noch hinsichtlich der Willensrichtung ein begrifflicher Unterschied obwalte; so insbs. III 15. Feb. 83, 18. Feb. 84, II 29. Sept. 85, IV 21. Nov. 85, 4. Feb. 90, E. 8 37, 10 162, 12 385, 13 65, 20 229. Aus dem Begriffe des Betruges (§ 263) sollte dagegen an sich ein engerer Tatbestand nicht ausgeschieden werden; RG. II 8. Apr. 92 E. 23 43; vgl. jedoch u. N. 6b.

2) Aus dem in N. 1 Mitgeteilten ergibt sich zunächst hinsichtlich der Gegenstände der Fälschung, daß letztere Urkunden im juristisch-techn. Sinne (§ 267 N. 3a) betreffen muß; so die GM., insbs. die N. 1 zitt. RG.; aM. Oppenh.-D. N. 5, ein Teil der im § 363 aufgezählten Schriftstücke, insbs. die Dienst-, Arbeitsbücher, Zeugnisse ꝛc. (u. N. 3b), brauchten Urkqualität nicht zu haben. Es kommen als Objekte der Fälschung übrigens nicht nur Privaturk., sondern auch öffentliche Urk. in Betracht; so die GM. Die öffentl. Urk. brauchen nicht inländische, sie können ebensowohl ausländische sein (§ 267 N. 6); vgl. die zitt. RG. E. 8 37, 10 162. Alle diese Urk. müssen „rechtserhebliche" sein, da die Rechtserheblichkeit ein allgemeines Erfordernis aller Urk. ist (§ 267 N. 3c, 4_2); Hälschner 2 528, insbs. N. 1. Dagegen ist es nicht notwendig, daß die im § 363 bezeichneten Privaturk. auch beweiserheblich seien; das im § 267 (das. N. 4_1) aufgestellte besondere Erfordernis der Beweiserheblichkeit ist hier nicht wiederholt; sie können beweiserheblich sein, sie müssen es aber nicht; so: RG. IV 4. Feb. 90 E. 20 229, Berner S. 706, Hälschner 2 532, 548 f., Meves N. 4; aM. RG. I 23. Nov. 91 E. 22 225.

3) Für den Tatbestand des § 363 kommen drei bestimmte Kategorien von Urkunden, und zwar durchweg schriftlicher Urk. (§ 267 N. 3a, 18 ff.), in Betracht, derartig, daß der §., falls eine außerhalb dieses Kreises liegende Urk. Gegenstand der Flschg. ist, keine Anwendung findet, selbst wenn alle sonstigen Erforderniſſe vorliegen; Meves N. 1a. Den Gegensatz zu diesen Kategorien bilden diej. Urk., die in ihrem Inhalte konkrete Rechte u. Rechtsverhältnisse zum Ausdruck bringen und diese schützen wollen (vgl. in subj. Beziehung N. 6b); RG. I 3. Dez. 94 G. 42 401; deshalb sind insbs. nicht hierher zu rechnen die auf Grund des InvVG. § 131 ausgestellten Quittungskarten, die einen konkreten Rechtsanspruch betreffen, indem durch sie beurkundet wird, daß die Versicherungsverpflichtg. bzw. -Berechtigg. der in der Karte bezeichneten Person amtlich geprüft u. anerkannt sei; RG. II 6. Dez. 92, IV 27. Okt. 93, E. 23 335, 24 348, Hilse GS. 53 45 (vgl. auch § 267 N. 8 I e); ebensowenig die vorläufigen Bescheinigungen von Zechenverwaltungen über Zahlungen der nach jenem G. obliegenden Beiträge; zit. RG. G. 42 401.

a) „Legitimationspapiere", insbs. „Pässe, Militärabschiede, Wanderbücher". Unter jenem, durch keinen Beisatz beschränkten, anderweit nicht erläuterten Ausdruck hat man „amtlich ausgestellte, zum Ausweise einer Person bestimmte Bescheinigungen" zu verstehen; RG. II 29. Sept. 85 E. 12 385 (deshalb seien insbs. auch die von Pfarrern aus den die Personenstdsregister darstellenden Kirchenbüchern erteilten Tauf- bzw. Geburtsscheine, welche die Eigenschaft öffentl. Urk. hätten, u. zum Ausweise der wichtigsten Beziehungen einer Person dienten, für Legitimationspapiere anzusehen). Es handelt sich hiernach bei dieser Kategorie durchweg um öffentl. Urk.; Binding Lb. 2 274, Frank N. I 1a, Meves N. 4, Oppenh.-D. N. 3, 4.

b) „Auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende Zeugnisse", insbs. „Dienst- o. Arbeitsbücher", sowie „Führungs- u. Fähigkeitszeugnisse". Sowohl hier wie dort handelt es sich um „Zeugnisse"; solche können nur über die Person eines anderen bzw. über auf diese sich beziehende Tatsachen ausgestellt werden; Berner S. 706, Meves N. 7, Oppenh.-D. N. 4. Daraus ergibt sich in Verbindung mit dem zu a Bemerkten, daß — wie auch die GM. anerkennt — durchweg nur urkundliche Bescheinigungen gemeint sind, die zum Ausweise einer Person über deren persönliche Verhältnisse dienen sollen, so daß § 363 z. B. keine Anwendung finden kann auf Atteste, welche die Rechtmäßigkeit des Besitzes an lebenden o. leblosen Sachen (Pferden, Wildpret, Holz) zu bescheinigen bestimmt sind; RG. II 2. Apr. 86 R. 9 247; ebensowenig auf in Gemäßheit des VZG. § 119 ausgestellte Legitimationsscheine; RG. II 28. Dez. 89 G. 37 436. Im einzelnen ist hervorzuheben:

α) Unter den auf „Grund besonderer Vorschriften" auszustellenden Zeugnissen begreift das Gesetz nicht Zeugnisse aller Art, für deren Ausstellung überhaupt besondere Vorschriften gegeben sind, sondern nur solcher Art, deren Ausstellung o. Vorlegung unter bestimmten Verhältnissen unabhängig von der Willkür der Beteiligten als notwendig vorgeschrieben ist u. bei denen um dieser Vorschrift willen die Versuchung zur Fälschung

besonders leicht und häufig herantritt; so RG. IV 7. Juli 05 E. 38 145 unter Hinweis auf das N. 1 zit. E. 38 37. Soweit Zeugnisse auf Grund solcher Vorschriften ausgestellt sein müssen, kann Bestrafung aus § 363 weder stattfinden, wenn es an solchen besonderen Vorschriften fehlt (so RG. II 8. Juli 90 E. 21 56 btr. der Zustimmung eines Vaters zum Gesindedienste seines minderj. Kindes), noch wenn die btr. Zeugnisse außerhalb der Grenzen der Vorschriften stehen; Berner S. 706. Im übrigen ist es gleichgültig, ob die „besonderen Vorschriften" der Reichs- o. der Landesgesetzgbg. angehören; Meves N. 5. Reichsgesetzliche Vorschriften sind z. B. enthalten in den §§ 107 ff. der GewerbeO. über die Ausstellung von „Arbeitsbüchern"; ferner in der auf Grund der GewerbeO. § 31 erlassenen Bekanntmachung des Kanzlers vom 26. Juli 1891 (RGBl. S. 359, sowie Bekanntm. dazu im RZBl. S. 266) btr. Vorschriften über den Befähigungsnachweis u. die Prüfung der Maschinisten auf Seedampfschiffen der D. Handelsflotte; vgl. auch RG. III 18. Feb. 84 E. 10 162, das ein auf Grund der früheren (vor der jetzigen Fassung des § 31 GewerbeO. geltenden) Vorschriften einem Maschinisten ausgestelltes Zeugnis als ein solches der bezeichneten Art ansah, zugleich aber mit Rücksicht darauf, daß die Ausstellung seitens einer (ausl.) Staatsbehörde erfolgt war, als „öffentl. Urk.", wodurch die Ansicht von Meves N. 5 sich widerlegt, daß hier — im Gegensatz zu a — nur von Privatpersonen ausgestellte Zeugnisse gemeint seien.

β) Die „Führungs- u. Fähigkeits-Zeugnisse", die sowohl öffentl. als auch Privaturkunden sein können (Binding Lb. 2 274, Meves N. 8), kommen allgemein und nicht nur, wenn sie auf Grund „besonderer Vorschriften" ausgestellt sind (vgl.: GewerbeO. §§ 113, 127c, 131c, SeemannsO. § 19), in Betracht. Unter „Fähigkeitszeugnissen" insbs. sind auch Zeugnisse zu verstehen, die bezüglich einer Fähigkeit negativ sich verhalten, z. B. eine vorhandene Arbeitsunfähigkeit beurkunden; sie sind in gleicher Weise, wie positive Bezeugungen einer Fähigkeit, dazu geeignet, das „bessere Fortkommen" zu ermöglichen; RG. II 19. Jan. 94 E. 25 103 (s. bedenklich Binding Lb. 2 275 N. 4). Dagegen können nach dem Zwecke u. Anwendungsgebiet des §. darunter solche Zeugnisse nicht begriffen werden, deren Besitz konkrete Rechte privat- o. öffentl.rechtlicher Natur (N. 6b) gewährleistet; dazu aber gehören Zeugnisse über Ablegung staatl. geregelter Prüfungen, durch deren Bestehen ausschließlich die Berechtigung vom Staate anerkannter Grade ꝛc. erworben wird; das zu α zit. RG. E. 38 145 (vgl. § 267 N. 8 VII); s. dazu Galli DJZ. 11 174.

4) In subjektiver Beziehung erfordert § 363 mit den Worten „um Behörden o. Privatpersonen . . . zu täuschen" entschieden eine „rechtswidrige Absicht" i. S. des § 267 (das. N. 46); das hat auch RG. wiederholt (III 18. Feb. 84, II 29. Sept. 85, IV 4. Feb. 90, 2. Okt. 94, E. 10 162, 12 385, 20 229, 26 83) anerkannt, wie ferner Binding Lb. 2 275, Hälschner 2 549 u. Frank N. I 2; unrichtig deshalb Meves N. 1 b (es könne im Einzelfalle zweifelhaft sein, ob nicht die im § 363 erforderte Absicht den Charakter der Rechtswidrigkeit trage), endlich Oppenh.-D. N. 1.

Wenn aber die rechtsw. Abs. dahin geht, daß der Täter „zum Zwecke seines besseren Fortkommens oder des besseren Fortkommens eines anderen" handelte, so sollen nicht die härteren Strafen des Abschn. 23, sondern nur die Übertretungsstrafen Anwendung finden. Deshalb ist es im Ausdrucke verfehlt, wenn RG. IV 21. Nov. 85 E. 13 65 gegenüber einer aus § 363 erfolgten Bestrafung lediglich als fraglich bezeichnet, ob der Instanzrichter dadurch rechtlich geirrt habe, daß er in der festgestellten Absicht des Angekl. die „rechtsw. Abs. i. S. des § 363" nicht gefunden habe. Vielmehr bedarf es behufs Anwendung des § 363 noch einer weiteren Feststllg., nämlich der, daß die allgemein bei jeder Urkdfälschg. erforderliche rechtsw. Abs. durch Verfolgung des oben bezeichneten Zweckes in einer als strafmildernd angesehenen Weise sich konkretisiert habe (vgl. § 313,).

5) Während noch der Entw. I § 250, im Anschluß an PrStGB. § 254, ausdrücklich die Anwendung des milderen Strafgesetzes von dem Ausschluß der Absicht „sich o. anderen Gewinn zu verschaffen oder anderen Schaden zuzufügen" abhängig machte, hat der Entw. II und ihm folgend auch § 363 StGB. dieses negative Erfordernis fallen lassen und die subjektive Seite des Tatbestandes lediglich, wie in N. 4 hervorgehoben, charakterisiert. Demgemäß ist die Strafdrohung des § 363 eine privilegierte nicht nur gegenüber § 267, sondern

auch gegenüber § 268. Er hat deshalb, falls nur das „bessere Fortkommen" den Zweck des Handelns bildete, selbst dann Anwendung zu finden, wenn die Absicht des Täters auf Vermögensvorteile im allgemeinen abzielte, sei es, daß solche durch gewinnbringenden „Dienst" o. lohnbringende Arbeit, sei es, daß sie durch Erlangung von Almosen gesucht wurden; so: RG. III 15. Feb. 83, 18. Nov. 89, E. 8 37, G. 37 425, Meves N. 3, Rüd.-St. N. 2, Rotering N. 3; aM. Binding Lb. 2 276 (anders früher Hb. 1 335).

6) Es fragt sich aber, in welchem Sinne der „Zweck des besseren Fortkommens" zu verstehen sei; man hat geleugnet (vgl. Rotering N. 3 u. Simonson Vorteil S. 58 ff.), daß unter Anwendung dieses Begriffes die Tatbestände der §§ 267 f. und des § 363 mit voller Bestimmtheit sich sondern ließen. Ist auch nicht zu verkennen, daß die Entscheidung in manchen Einzelfällen Schwierigkeiten bereitet (vgl. auch RG. III 15. Feb. 83 E. 8 37, die Praxis müsse in vielen Fällen sich genügen lassen, wesentlich nach der ratio legis und nach der überwiegenden Verwandtschaft mit den zweifellos der einen oder der anderen Kategorie angehörenden Reaten deren rechtl. Beschaffenheit zu bestimmen), so ist doch andererseits jener Begriff gerade durch die Praxis h. z. T. zu einer verwendbaren Bestimmtheit herausgearbeitet. Der „Zweck des besseren Fortkommens" — und zwar gleichgültig, ob des „eigenen" oder desjenigen „eines anderen", indem, was von jenem gilt, in gleicher Weise auch bei diesem zutreffen muß (RG. III 18. Nov. 89 G. 37 425) — charakterisiert sich durch ein doppeltes Moment.

a) Positiv erfordert jener Zweck die unbestimmte, allgemeine Absicht des Täters, mit Hülfe der btr. Urk. irgendwelche günstigeren Aussichten für sein Fortkommen, für die Fristung seines Unterhaltes, für die Zuwendung von Unterstützungen (N. 5) u. dergl. sich zu verschaffen; so besonders das zit. RG. E. 8 37 und dem sich anschließend die N. 1 zitt. Entsch. des RG. sowie I 23. Nov. 91, 28. Feb. 95, E. 22 225, 27 56, ferner II 9. März 88 R. 10 233 (Verbesserung der Lebenslage und der Bedingungen des Fortkommens); ähnlich: Hälschner 2 549 (Erlangung einer Lebens- o. Berufsstellung, welche die wirtschaftl. Existenz sichere o. auch die bisherige Lebensstellung vorteilhafter gestalte), Frank N. 1 2; aM. Binding Lb. 2 275 N. 3, eine solche allg. Absicht gebe es im Einzelfalle erfahrungsmäßig nicht; der Nachdruck sei darauf zu legen, daß betrügerisches Handeln den § 363 ausschließe; s. u. b. Dieser „Zweck" kann übrigens unter Umständen auch dann vorliegen, wenn ein „Fortkommen" im wörtlichen Sinne angestrebt wird; so Dresden 2. Juni 71 St. 1 59 (so z. B. bei einer „rascheren, zugleich gegen Entdeckung von seiten der Polizei sichernden Förderung des Reisezweckes" bzw. bei der „Nichthinderung an der Weiterreise" eines inzwischen wehrpflichtig Gewordenen durch Verfälschung einer diesem früher erteilten, jedoch nach dem IndigenatsG. § 18, bereits verfallenen Entlassungsurk. hinsichtlich des Datums der Erteilung).

b) Negativ bedingt jener Zweck den Ausschluß einer gegen ein konkretes, sei es öffentliches o. privates, Recht Dritter gerichteten Absicht; so das RG. in sämtlichen zu a bzw. N. 1 zitt. Entscheidungen. Liegt eine gg. Rechte Dritter gerichtete Absicht vor, so kann folgeweise der bloße Zweck des besseren Fortkommens nicht verfolgt werden, und umgekehrt; beide Absichten schließen einander notwendig aus; deshalb findet § 363 z. B. dann keine Anwendung, wenn eine inhaltlich falsche Bescheinigg. nur dazu dienen soll, behufs Vorbereitung eines Diebst. in eine Stellung zu gelangen. Da nun beim Betruge (§ 263) eine gg. Rechte Dritter gerichtete Absicht erfordert wird — die Tat muß auf die „Beschädigg. des Vermögens eines anderen" gehen — so schließen auch die Tatbestände des § 263 und des § 363 sich gegenseitig aus; es kann nur entweder der eine oder der andere vorliegen; so: Binding Lb. 2 276 N. 3, Frank N. 1 letzt. Abs.; aM. RG. II 8. Apr. 92 E. 23 43, das die Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73) annimmt.

Entscheidend ist übrigens zu a u. b nicht der verfolgte nächste Zweck, sd. die darüber hinaus liegende allg. Absicht, so daß z. B. das fr. Merkmal des §. dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der nächste Zweck der in der allg. Absicht, künftig einträglichere Stellen zu erlangen, vorgenommenen Fälschung eines Befähigungszeugnisses dahin ging, zu einer den Nachweis einer bestimmten Qualifikation voraussetzenden Staatsprüfung zugelassen zu werden; RG. III 18. Feb. 84 E. 10 162.

7) Von dem vorbezeichneten Standpunkte aus ist in der Praxis des RG., bzw. wo vermerkt des RMG., der „Zweck des besseren Fortkommens" mit Recht:

I. bejaht beim Betteln, insbs. auch wenn es um Erlangung von Ortsgeschenken sich handelte (III 15. Feb. 83 E. 8 37); bei einem Handeln behufs Zulassung zur Staatsprüfung als Maschinist (das N. 6 letzt. Abs. zit. E. 10 162), behufs Erlangung früheren Eintritts beim Militär (II 29. Sept. 85 E. 12 385), behufs Täuschung des Bräutigams über das Alter (IV 21. Nov. 85 E. 13 65), behufs Erlangung einer Schankkonzession gemäß GewerbeO. (IV 2. Okt. 94 E. 26 83);

II. verneint bei einem Handeln behufs gesetzwidriger Erleichterung der Jagdausübung bzw. Entkräftigung einer drohenden Anklage (II 9. März 88 R. 10 233, III 28. Apr. 92 G. 40 53, weil hier die Vereitelung bestimmter Rechte des Staats bezweckt werde); bei Fälschung eines nach dem PrFFPG. §§ 40, 41 zu erteilenden Legitimationsscheins, weil es dabei um Verletzung konkreter Rechte Dritter sich handele (IV 4. Feb. 90 E. 20 229); bei einem auf Verschaffung einer Rente nach dem InvVG. gerichteten Gebrauchmachen (I 23. Nov. 91 E. 22 225; vgl. auch das N. 3 zit. E. 23 335); bei einem Handeln behufs Erlangung der Aufnahme in ein Seminar, bzw. einer Unterstützung von einer bestimmten Person (IV 12. Feb., 5. Apr. 92, G. 39 431 f.), bzw. einer bestimmten amtlichen Stellung (II 1. Nov. 98 E. 31 296; dagegen Binding Lb. 2 275 N. 3 aE.), beim Gebrauchen eines gefälschten Zivilversorgungsscheines zur Erlangung einer den Inhabern von solchen Scheinen vorbehaltenen Stelle (I 28. Feb. 95 E. 27 56), eines gefälschten Taufscheines zur Erlangung eines Adelsprädikats (IV 8. Dez. 96 E. 29 241), eines gefälschten Diplomzeugnisses einer techn. Hochschule, um die durch drohende Kündigung der Stellung eintretende Vermögenseinbuße zu vermeiden (IV 7. Juli 05 E. 38 145), bei Fälschung bzw. Gebrauchen eines milit. Urlaubspasses (vgl. § 267 N. 8 I k), behufs Erlangung ermäßigter Eisenbahnfahrtaxe (RMG. III 9. Okt. 01, II 11. Feb. 03, E. 2 29, 4 195).

8) In beiden Absätzen sind (was Binding Lb. 2 276 nur für Abs. 2 hervorhebt) auch bloße Beihilfehdlgen unter Strafe gestellt, die als zu Übertretungen geleistet nach § 49, an sich straflos sein würden. Das „Überlassen an einen anderen" (Abs. 2) war schon früher strafbar, während das Anfertigen 2c. der falschen Urk. zum Zwecke des besseren Fortkommens „eines anderen" erst seit der StGN. unter Strafe gestellt ist, um nach den gemachten Erfahrungen durch Kriminalisierung dem „verwerflichen Treiben" entgegenzutreten.

Zu Absatz 1. N. 9—11.

9) Der erste Mischtatbestand des Abs. 1 erfordert ein „falsch anfertigen o. verfälschen", womit — obschon in anderer Stellung und in zum Teil korrekterer Fassung — sachlich dasselbe bezeichnet wird wie im § 267 mit „verfälscht o. fälschlich anfertigt"; vgl. deshalb daselbst N. 25 („verfälschen") u. N. 30 („fälschlich anfertigen").

Während aber § 267 noch ferner „ein Gebrauchmachen zum Zwecke einer Täuschung" (das. N. 35) verlangt, stellt § 363 ebensowenig wie PrStGB. § 254 ein solches Erfordernis auf; der Wortlaut ist in dieser Beziehung ganz klar, so daß ihm gegenüber eine Ergänzung dieses Erfordernisses nicht angängig erscheint; RG. III 15. Feb. 83 E. 8 37, Berlin 20. Apr. 76 O. 17 277, Binding Lb. 2 274, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 13; unrichtig deshalb Geyer 2 107, es enthalte § 363 völlig den Tatbestand der Fälschung aus § 267. Es liegt vielmehr nur Versuch (§ 268 N. 7$_2$) einer Urkflschg. i. S. der §§ 267 f. oder sogar nur Vorbereitung zu solcher vor.

10) Der zweite Mischtatbestand des Abs. 1 entspricht völlig dem § 270; denn auch er erfordert, wie dieser, ein „Gebrauchmachen" von einer solchen „falschen o. verfälschten Urk." und zwar ein „wissentliches" (d. h. „wissend, daß sie falsch o. verfälscht ist"), endlich aber ausweislich des Einganges des § 363 zu dem im § 270 erforderten „Zwecke der Täuschung", nur daß dieser Zweck im § 363 mehr spezialisiert ist; so Meves N. 2; aM. Oppenh.-D. N. 14, der die Täuschungsabsicht nicht fordert. Übrigens wird das „Gebrauchmachen" häufig nur als eine Fortsetzung der Hdlg. der Fälschungshdlg. (N. 9) sich darstellen, so daß nur eine strafb. Hdlg. vorliegt (§ 73 N. 6); Rotering N. 1$_3$, auch Meves N. 12, der freilich unbedingt gegen dieselbe Person die Strafe nur einmal verhängen will.

11) Eine dem Tatbestande der §§ 271 f. bzw. des § 273 entsprechende Sonderbestimmung enthält § 363 nicht; deshalb erachtete OLG. zu KG. IV 20. Apr. 86 N. 8 307 mit Recht dafür, daß § 363 auf das Bewirken falscher Eintragungen in ein (Preuß.) Gesindebuch nicht Anwendung finde. Über den Ausschluß des § 363 durch § 277 vgl. das. N. 4 letzt. Abs.

Zu Absatz 2. N. 12.

12) Voraussetzung des Mischtatbestandes des Abs. 2 ist das Vorliegen einer „echten Urkunde" (§ 267 N. 26) der im Abs. 1 bezeichneten Art. Es handelt sich deshalb hier nicht um eine Urkfälschung, sondern vielmehr um einen, dem Betruge (§ 263) sich annähernden, Mißbrauch einer echten Urk.; RG. I 31. März 84 E. 10 262.

a) Im Falle des ersten Mischtatbestandes des Abs. 2 muß die echte Urk. „für einen anderen" als den davon Gebrauch machenden Täter ausgestellt sein; beide Personen stehen in einem Gegensatz zueinander und müssen deshalb verschieden sein; eine bloße Namensverschiedenheit ist aber mit der Verschiedenheit einer Person keineswegs gleichbedeutend; deshalb findet dieser Mischtatbestand keine Anwendung, wenn die Urk. zwar für den Vorleger, aber auf einen falschen Namen ausgestellt ist; die Ausstellung eines Zeugnisses geschieht immer für eine Person, nicht für einen Namen; zit. RG. E. 10 262, Berner S. 707, Binding Lb. 2 275 N. 2, Rotering N. 1₄.

b) Wegen des „Überlassen" im zweiten Mischtatbestande des Abs. 2, der mit der Führung falschen Namens aus § 360⁸ in Idealkonk. (§ 73) treten kann (Meves N. 13), vgl. § 184 N. 10₃. Im Gegensatz zu § 184² ist aber gleichgültig, ob das Überlassen entgeltlich o. unentgeltlich geschah; ebenso § 367³ N. f ß. Allg. Grundsätzen gemäß kann die „Überlassung", die in Wahrheit eine Beihilfe i. S. des § 49 (das. N. 3) darstellt, auch durch eine Unterlassung begangen werden (§ 1 N. 3a).

Schlußnoten. N. 13, 14.

13) Die im § 363 mit Strafe bedrohten Delikte sind krimineller Natur, handelt es sich doch im Falle des Abs. 1 um Urkfälschgen bzw. um den Versuch o. die Vorbereitung solcher, im Falle des Abs. 2 aber um einen dem Betruge sich annähernden, eine Verletzung von Treue u. Glauben enthaltenden Urkmißbrauch bzw. um Beihilfe o. wenigstens Vorbereitung zu einem solchen. Demgemäß ist, allg. Grundsatze zufolge, da ein anderes nicht zum Ausdruck gelangt ist (T. I Abschn. 4 N. 4₂), nur die vorsätzliche, nicht auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar; Rotering N. 1₂.

14) Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10, insbs. wegen der in Abs. 2 gebrauchten Wendung „Gleiche Strafe trifft" § 49a N. 21₁.

§. 364.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark wird bestraft, wer wissentlich schon einmal verwendetes Stempelpapier nach gänzlicher oder theilweiser Entfernung der darauf gesetzten Schriftzeichen, oder schon einmal verwendete Stempelmarken, Stempelblankette oder ausgeschnittene oder sonst abgetrennte Stempelabdrücke der im §. 276 bezeichneten Art veräußert oder feilhält.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher wissentlich schon einmal verwendete Post- oder Telegraphenwerthzeichen nach gänzlicher oder theilweiser Entfernung des Entwerthungszeichens veräußert oder feilhält.

PrStGB. (fehlt). Entw. I § 349, II § 380.

Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. V. Aktenst. 1890/91 Nr. 36.

1) Mit Strafe bedroht ist das „wissentliche", d. h. vorsätzliche (Rotering N. 1₁) „Veräußern" (d. h. hier, anders als im § 288 — das. N. 9, 10 —, die Übertragung auf andere) und „Feilhalten" (§ 184 N. 5) von Stempelwertzeichen bzw. jetzt auch (vgl. § 275 N. 1b) von Post- u. Telegraphenwertzeichen; es enthält also der § 364 eine Ergänzung des § 276 (so auch die Motive); dagegen aber, daß diese Ergänzung lediglich vom polizeilichen Standpunkte der Vorbeugung aus geschehen sei (so jedoch Oppenh.-D. N. 1 u. Dambach

Telegraphenstrafr. S. 83 N. †) spricht der Umstand, daß ausdrücklich nur die vorsätzliche Zuwiderhdlg. unter Strafe gestellt ist (T. I Abschn. 4 N. 4_2); der Gesetzgeber hat offenbar bereits eine Gefährdung seines Rechtes zur Erhebung der Stempelsteuer für vorliegend erachtet.

2) Hinsichtlich der Stempelwertzeichen (Abs. 1) ist zu bemerken:

a) „Schon einmal verwendetes Stempelpapier" ist, wie im § 276_1 (das. N. 1), zu verstehen von bestimmungsmäßig zu stempelpfl. Urk. verwendetem Stempelpapier; RG. II 20. Juni 82 E. 6 387; für die Anwendung dieser Bestimmung ist aber eine objektive Voraussetzung (Rotering N. 1_2) die „gänzliche o. teilweise Entfernung der auf das Papier gesetzten Schriftzeichen".

b) Die Beseitigung der Entwertungszeichen bildet sowenig wie im § 276 (das. N. 1_2) ein Erfordernis für einen der beiden Mischtatbestände des § 364; andererseits ist die Veräußerung schon einmal verwendeten Stempelpapiers nach Entfernung des Entwertungszeichens, aber ohne Entfernung der darauf gesetzten Schriftzeichen straflos.

c) Wegen erfolgter Aufhebung des WechselstempelstG. § 23 vgl. § 275 N. 9b.

3) Im Falle des Abs. 2 bildet die mindestens teilweise „Entfernung des Entwertungszeichens" ein Tatbestandsmerkmal, wie im § 276_2 (das. N. 2); hiernach ist der Handel mit schon einmal verwendeten Post- u. Telegraphenwertzeichen straflos, sofern die Entwertungszeichen nicht entfernt sind. Der Tatbestand des Abs. 2 kann mit dem des Betrugs (§ 263) in Idealkonk. (§ 73) treten; Brausewetter Bemerkungen zum PostG. § 27 [3] zc. (Diss.; Berlin 1893) S. 10 ff.

4) Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 365.

Wer in einer Schankstube oder an einem öffentlichen Vergnügungsorte über die gebotene Polizeistunde hinaus verweilt, ungeachtet der Wirth, sein Vertreter oder ein Polizeibeamter ihn zum Fortgehen aufgefordert hat, wird mit Geldstrafe bis zu funfzehn Mark bestraft.

Der Wirth, welcher das Verweilen seiner Gäste über die gebotene Polizeistunde hinaus duldet, wird mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen bestraft.

PrStGB. § 342. Entw. I § 351, II § 361.

Im allgemeinen. N. 1—5.

1) Der § 365 bezweckt seinem ganzen Inhalte nach die Durchführung der „gebotenen", d. h. eingeführten, sog. „Polizeistunde"; es handelt sich sonach um ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1; Binding Lb. 2 745 u. Normen 1 162 N. 10) mit partikularrechtlicher Norm. Denn bezüglich der Einführung einer „Polizeistunde" entscheidet das Landesrecht, namentl. auch hinsichtlich der Zuständigkeit der Behörden und der Form; Binding Lb. aO. Regelmäßig wird die Einführung durch eine — generelle — PolizeiV. geschehen (so notwendig in Preußen; Berlin KG. 31. Juli 91 G. 39 182, Oppenh.-D. N. 1; vgl. auch RG. III 15. März 84 E. 10 296), was aber nicht ausschließt, daß auf Grund und in Ausführung einer solchen auch spezielle Anordnungen an einzelne Wirte erlassen werden können; so: Berlin KG. 21. Juni 88 Jahrb. 8 147 (btr. einer auf Grund des PrG. v. 11. März 1850 erlassenen OrtspolizeiV.), Rotering N. 3.

2) Die Wirkung des „Gebotes einer Polizeistunde" erstreckt sich in räumlicher Beziehung auf:

a) „Schankstuben", d. h. solche geschlossene Räume, in denen das Gewerbe der Schankwirtschaft tatsächlich, ohne Rücksicht darauf, ob die nach GewerbeO. § 33 erforderliche „Erlaubnis" erteilt worden, betrieben wird; Binding Lb. 2 745. Es sind also dem Publikum offenstehende Räume, in denen gewerbsmäßig Getränke aller Art mit der Befugnis zum Genuß auf der Stelle verabfolgt werden; so auch btr. der Getränke: Ham-

burg OLG. 24. Sept. 96 Vogt Entsch. S. 149, Berner S. 708, Binding Lb. 2 745 N. 5, während Berlin 24. Sept. 75 St. 6 71, Oppenh.-D. N. 2, Rubo N. 1 u. v. Schwarze N. 1a unter Schankwirtschaften nur Anstalten zur Verabreichung geistiger Getränke verstehen. Unter diesen Begriff fallen an sich auch die Restaurationslokale der Eisenbahnen, obschon für die Eisenbahnreisenden selbst die btr. Vorschriften nicht gelten; so: RG. III 22. Sept. 04 E. 37 260, München OLG. 15. Mai 88 E. 5 86, Berlin KG. 1. Okt. 91 Jahrb. 12 183, 1. Feb. 00 Jahrb. 20 C 8, Binding aO. 746, Oppenh.-D. N. 3, Rüd.-St. N. 2, während häufig weitergehend die Lokalitäten als solche ausgenommen werden; vgl. auch Frank N. II 1.

b) „Öffentliche Vergnügungsorte". Das Erfordernis der „Öffentlichkeit" (§ 110 N. 5) ist hier speziell, wie im § 116 (das. N. 2), bezüglich der Örtlichkeit aufgestellt. Der öffentl. Vergnügungsort erfordert, anders wie der „öffentl. Versammlungsort" (§ 285 N. 1a), irgend welche, wenn auch nur temporäre, Herrichtungen zum Vergnügen seiner Besucher; Binding Lb. 2 745, Frank N. II 2. Daß er eine „geschlossene Räumlichkeit" sei, erscheint nicht erforderlich (so: Binding, Frank aO.; aM. München OLG. 28. Juni 75 E. 5 375 u. v. Schwarze N. 1a, Räumlichkeit eines Wirtshauses), wie auch eine Veranstaltung zur Verabreichung von Speisen o. Getränken kein begriffliches Merkmal bildet; so: Berner S. 708, Oppenh.-D. N. 5; aM. Frank aO.

3) Unter den Begriff der „Schankstuben" bzw. „öffentl. Vergnügungsorte" fallen die Lokale „geschlossener Gesellschaften" — die begrifflich eine dauernde Organisation zu einem bestimmten Zwecke nicht erfordern (Berlin KG. 14. März 95 Jahrb. 16 322) — nicht, ohne Unterschied, ob sie in eigenen Gebäuden der Gesellschaft oder in Räumlichkeiten eines Wirtes sich befinden, und ohne Unterschied, ob eine eigene Ökonomie eingerichtet ist o. die Getränke vom Wirt gegen Bezahlung verabfolgt werden; so die GM., insbs.: Berlin 20. Apr. 76 O. 17 277 (hielt jedoch die Verurteilung aufrecht, weil die Bildung der Gesellschaft i. c. nur zur Simulation geschehen war), Dresden OLG. 17. Okt. 89 G. 37 372 (btr. eines von einem Vereine für bestimmte Abende gemieteten Zimmers in einem Wirtshause), Berlin KG. 14. Okt. 89 Jahrb. 10 272 (btr. Duldung der Mitglieder einer geschlossenen Gesellschaft in einem für Dritte unzugänglichen Gesellschaftslokale); aM. München OLG. ständig, insbs. 18. Sept. 97 E. 9 337 (unter Berufung auf das Plenarerk. des vorm. OGH. v. 28. Juli 78 E. 5 375 u. die ihr sich anschließende Praxis des OLG. in E. 2 482, 5 382, 6 52, 266). Gleichgültig ist auch, ob die Räumlichkeiten der geschl. G. mit anderen öffentl. Räumen des Gasthauses in Verbindung stehen; eine Scheidung durch sachliche Vorrichtungen ist nicht unbedingt erforderlich, vielmehr genügt es, wenn die nicht zu der Gesellschaft gehörigen Wirtshausbesucher von dem Zutritt zu dem von jener gemieteten Saale ausgeschlossen werden; Dresden OLG. 31. Juli 02 SächsA. 24 213 (durch welche Maßnahmen sei nach den Umständen zu bestimmen). Dagegen greift bezüglich der Mitglieder einer geschl. Gesellsch., welche in einem jedermann zugänglichen Raume eines Schanklokals sich befinden, § 365 Platz; Berlin KG. 23. März 93 Jahrb. 14 288, zit. Dresden SächsA. 24 213. Von einer „geschlossenen Gesellschaft" bzw. dem „Lokal" einer solchen ist dann keine Rede, wenn zu einer zur Feier einer Hochzeit in einem öffentl. Lokale veranstalteten Tanzlustbarkeit außer den geladenen Hochzeitsgästen noch andere beliebige Personen gegen Entrichtung eines Eintrittgeldes zugelassen werden (Berlin KG. 11. Mai 82 Jahrb. 3 370) oder wenn die „geschl. G." in einem öffentlichen — jedermann zugänglichen — Wirtslokale sich versammelt (München OLG. 28. Juni 75 E. 5 375); vgl. auch das zit. Berlin KG. Jahrb. 10 272, welches den § 365 zur Anwendung brachte, weil die seitens einer ad hoc zusammengetretenen Gesellschaft veranstaltete Tanzlustbarkeit nach einer OrtspolizeiV. als eine „öffentliche" anzusehen war.

4) In persönlicher Beziehung richtet das Gebot der Polizeistunde sich an:

a. die „Gäste"; allerdings spricht nur Abs. 2 von solchen, während Abs. 1 als Subjekt mittels des Eingangswortes „Wer" an sich jeden bezeichnet; in Wahrheit können aber nur Gäste Subjekte der Übertr. sein, nicht auch andere Personen, die kraft privat- oder öffentlich-rechtlicher Befugnis in der Schankstube 2c. verweilen. Unter den „Gästen" einer Schank-

stube bzw. eines öffentl. Vergnügungslokales sind die Personen zu verstehen, deren Aufnahme daselbst in Verfolg des gewerbsmäßigen Betriebes der Schankstube bzw. des Vergnügungsortes erfolgt ist; deshalb gehören nach GM. nicht dahin: einerseits die Logiergäste einer Gastwirtschaft (Berlin KG. 11. Dez. 93 Jahrb. 14 287), andererseits die Privatgäste des Wirts (Berlin OTr. 24. Sept. 75, 25. Juni 79, St. 6 71, O. 20 313, KG. 11. Nov. 89 G. 38 77). Insbesondere unter „Schankgästen" sind übrigens nicht lediglich solche Gäste zu verstehen, die Getränke „gegen Bezahlung" sich verabfolgen lassen (so zitt. Berlin St. 6 71, G. 38 77), vielmehr kann die Bewirtung unter Umständen auch ohne Entgelt den Charakter der Gewerbsmäßigkeit tragen, so z. B. wenn sie mit Rücksicht auf zukünftige Frequentierung erfolgt; deshalb wird ein „Schankgast" durch Einladung seitens des Wirtes zur unentgeltlichen Bewirtung nicht unbedingt „Privatgast" (so zit. Berlin O. 20 313);

b. den „Wirt", d. h. den „Inhaber" der Schankstube 2c. i. S. des § 285 (das. N. 1b); München OLG. 10. Aug. 95 E. 8 391. An den „Vertreter" des Wirtes richtet das Gebot der Polizeistunde sich nicht; so: Binding Lb. 2 746, Frank N. III, Oppenh.-O. N. 7a, Rubo N. 7; aM.: RG. IV 11. Juli 03 E. 36 324, Berner S. 709. Die Ausdehnung auf andere Personen als den Wirt würde eine unzulässige Analogie (§ 2 N. 4_2) sein; vgl. jedoch u. N. 9a.

5) Die objektive Voraussetzung (so Rotering N. 1_3; aM. Rubo N. 5, der Kenntnis vom Eintritt der Polizeistunde verlangt) für die Zuwiderhdlgen der „Gäste" sowohl wie der „Wirte" bildet der Eintritt der „Polizeistunde"; über den Eintritt entscheidet, wenn die ergangene Anordnung nichts anderes festsetzt (Rotering N. 1_3), die nach „mittlerer Sonnenzeit des 15. Längengrades östlich von Greenwich" (G. btr. Einführung einer einheitl. Zeitbestimmung v. 12. März 1893) richtig gehende Uhr. Im übrigen aber sind die Zuwiderhdlgen der „Gäste" und des „Wirtes" ihrer inneren Natur nach durchaus verschieden, weil die in der Festsetzung einer Polizeistunde liegende Norm an die beiden bezeichneten Personengruppen in ganz verschiedener Weise sich wendet.

a) An die „Gäste" richtet sich das Gebot, mit Beginn der Polizeistunde die Schankstube 2c. zu verlassen. Die dennoch verbleibenden Gäste begehen ein reines Unterlassungsdelikt (so die GM.), und zwar gegenüber der die Polizeistunde betreffenden Anordnung; unrichtig Seligsohn G. 28 220, der die verpönte Unterlassung in dem Nichttun einer durch spezielle Aufforderung seitens der Obrigkeit gebotenen Hdlg. findet. Allein die Aufforderung (N. 6) ist nichts anderes als ein Strafbarkeitsmerkmal.

b) An den „Wirt" dagegen richtet sich das Verbot, die Gäste über die Polizeistunde hinaus zu dulden (vgl. Abs. 2). Wollte man die Anordnung der Polizeistunde auch in bezug auf die Wirte als ein „Gebot" auffassen, so würde man die „gebotene Hdlg." nicht genügend bezeichnen können, da die „Entfernung" in der mannigfachsten Art und Weise denkbar ist. Demnach handelt es sich auf seiten des Wirts nicht um ein Unterlassungsdelikt; so: Binding Lb. 2 746, Wahlberg ZStrW. 2 178; vgl. jedoch: Löning S. 16, Frank N. III, Rotering N. 1_2, Landsberg Kommissivdel. S. 219. Das durch Anordnung der Polizeistunde verbotene „Dulden" hat hier eine wesentlich andere Bedeutung als in den Gesetzesstellen, wo es mit „Unterlassen" zusammengestellt ist (§ 176 N. 6); es hat vielmehr die Bedeutung eines „Geschehenlassens" i. S. des § 357 (das. N. 3c), also in konkreter Anwendung auf den Tatbestand des § 365_2, eines „Verweilenlassens", wo die Mittel, das Verweilen zu verhindern, nach der Sachlage nicht für erschöpft zu erachten; ähnlich: München OberstesLG. 10. Okt. 01 E. 2 86, Berner S. 708, Rubo N. 6, v. Schwarze N. 4, insbs. A. 2. Der Umstand, daß der Wirt die Polizeistunde ankündigt, auch keine Getränke mehr verabfolgt, schließt ein „Dulden" der Gäste seitens des Wirtes nicht notwendig aus; München OLG. 14. Jan. 92 E. 7 11. Andererseits liegt ein strafb. Dulden auch dann vor, wenn der Wirt über den Eintritt der Polizeistunde hinaus den Gästen noch eine Frist zum Austrinken der verabfolgten Getränke gewährt; München OLG. 1. Okt. 96 E. 9 136.

Zu Absatz 1. N. 6—8.

6) Das Delikt der Unterlassung der Entfernung seitens des Gastes nach Eintritt der

Polizeistunde (N. 5a) wird zur „strafbaren Hdlg." (Verbrechen i. w. S.) erst dann, wenn „der Wirt, sein Vertreter oder ein Polizeibeamter ihn zum Fortgehen aufgefordert hat" (vgl. Berlin 29. Jan. 74 O. 15 43). Es handelt sich hier offenbar nicht um ein Delikts-, sondern um ein bloßes Strafbarkeitsmerkmal, aus dessen Aufstellung die milde Auffassung des Delikts seitens des Gesetzgebers hervorgeht, ähnlich wie aus der Strafandrohung, der geringsten, die das StGB. überhaupt kennt (§ 27 N. 4). Die durch Eintritt der Polizeistunde veranlaßte „Aufforderung" erscheint, auch wenn sie vom „Wirt" (N. 4b) ausgeht o. von dessen „Vertreter", d. h. dem, der den Geschäftsinhaber in Abwesenheits- oder sonstigen Behinderungsfällen hinsichtlich der Aufsicht in der Schankstube ꝛc. tatsächlich vertritt (Berlin KG. 25. Juni 94 G. 42 142; vgl. die ähnliche Frage bei der Vertretung des „Berechtigten" i. S. des § 123; das. N. 18), nicht als Wahrnehmung einer privatrechtlichen Befugnis (N. 8; aM. anscheinend Seligsohn G. 28 220), sondern vielmehr als Ausübung einer, ausnahmsweise einer Privatperson übertragenen, polizeilichen Funktion, die deshalb auch von einem „Polizeibeamten" selbst wahrgenommen werden kann; die Wirksamkeit der von einem solchen ausgehenden Aufforderung hängt davon ab, daß er als solcher bekannt o. äußerlich erkennbar ist o. ev. als solcher sich ausweist; so: Frank N. II 3, Rotering N. 1_1; aM. Binding aO. 745 N. 3 btr. der Legitimation. Es muß tatsächlich „zum Fortgehen aufgefordert" sein, wenn auch nicht mit diesen Worten; München OLG. 22. Sept. 94 E. 8 120 (btr. des Wortes „auffordern"); die bloße Erklärung des Wirts ꝛc., „es sei Polizeistunde" o. auch der bloße Ausdruck „Feierabend" werden den Umständen nach meist genügen; so: Braunschweig OLG. 17. Mai 94 G. 43 61 N. *, Frank aO.; aM.: München KassH. 20. Nov. 75 E. 5 515, Rüd.-St. N. 4. Die „Aufforderung" muß direkt an die anwesenden Gäste sich richten, wenn auch nicht an jeden einzelnen Gast; Berner S. 708, Binding aO. 745, Oppenh.-D. N. 6, Rüd.-St. N. 4, Rotering N. 1_1. Bei Unkenntnis des Gastes von der erfolgten Aufforderung findet § 59 Anwendung (Rubo N. 5), obschon es um ein bloßes Strafbarkeitsmerkmal sich handelt (§ 59 N. 5). Vgl. N. 7. Die Nichtentfernung nach erlassener Aufforderung macht den „Gast" strafbar, ohne daß es auf den Zweck des längeren Verweilens ankommt, insbs. berechtigt auch nicht die Verfolgung an sich erlaubter oder selbst öffentlicher Interessen seitens der Gäste, z. B. die Besprechung öffentl. Wahlen, zum Verbleiben; zit. Berlin O. 15 43. Anders dagegen, wenn der bisherige „Schankgast" in Wahrheit (nicht bloß vorgegebenermaßen) spätestens mit Erlaß der Aufforderung zum Logiergast o. zum Privatgast wird (N. 4a); Berlin 25. Juni 79 O. 20 313.

7) Da es bei der Übertr. aus Abs. 1 um ein reines Unterlassungsdelikt (N. 5a) sich handelt, so ist bei dessen polizeilichem Charakter (§ 139 N. 12) auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar, also z. B. ein Verbleiben im Eifer des Gespräches, wobei die ergangene und gehörte Aufforderung wieder vergessen wird; so: Frank N. II 4, Oppenh.-D. N. 8a; aM.: Binding Lb. 2 746 (die Kenntnisnahme erzeuge notwendig den Vorsatz), Rüd.-St. N. 8, Rotering N. 1_1. Ist hiernach fahrl. Zuwiderhdlg. überhaupt strafbar, so hat Bestrafung auch dann einzutreten, wenn die „Aufforderung" dem einzelnen Gaste aus Fahrlässigkeit entgangen ist (§ 59_2); aM.: Binding Lb. 2 745 f., Rotering N. 1_1.

8) Wenn auch die infolge Eintrittes der Polizeistunde seitens des Wirtes oder seines Vertreters erfolgende Aufforderung nicht als Geltendmachung eines Privatrechtes aufzufassen ist (N. 6), so kann doch der Wirt im Einzelfall mit der Aufforderung auch sein Hausrecht geltend machen (§ 123 N. 2) und tritt dann, vorausgesetzt, daß solches dem verbleibenden Gaste zum Bewußtsein gekommen, Idealkonk. (§ 73) mit Hausfriedensbr. ein; Binding Hb. 1 575 N. 17 u. Lb. 1 120 N. 1, 2 746, Frank § 123 N. VI, Rotering N. 1_4.

Zu Absatz 2. N. 9.

9a) Obschon im Falle des Abs. 2 die Zuwiderhdlg. gegen ein Verbot bestraft wird (N. 5b), übrigens ohne daß hier die Bestrafung von einem besonderen Strafbarkeitsmerkmale abhängig gemacht wäre, so steht doch auch bei diesem Tatbestande nur ein Polizeidelikt in Frage; denn von der Verletzung bzw. Gefährdung eines Rechtsgutes kann nicht wohl die Rede sein; es sollen vielmehr nur Gefährdungen der öffentl. Ordnung ꝛc. verhütet

werden. Daher macht der Wirt auch bei einem nur fahrlässigen Dulden sich strafbar (so: Berlin KG. 30. Jan. 93 G. 40 350, München ObersteSLG. 20. Dez. 02 E. 3 146, Binding Lb. 2 746, Frank N. III, Rotering N. 1_2; aM. Rüd.-St. N. 8), z. B. indem er den Eintritt der Polizeistunde fahrlässigerweise übersieht, oder indem er fahrl. von der Ergreifung der zur Entfernung der Gäste notwendigen Maßregeln absieht. Deshalb ist aber auch der Wirt dann strafbar, wenn er für den Behinderungsfall fahrlässigerweise nicht dafür Sorge trägt, daß sein Vertreter für Innehaltung der Polizeistunde sorgt (vgl. das zit. Berlin KG. G. 40 350) — ein Umstand, der die Straflosigkeit des Vertreters (N. 4b) vom gesetzgeberischen Standpunkte weniger empfindlich erscheinen läßt. Außerdem wird die vom Wirte „zur Leitung des Betriebs o. eines Teils desselben o. zur Beaufsichtigung bestellte Person" nach Maßgabe der GewerbeO. §§ 45, 151 Abs. 1 strafbar (so auch: Frank N. III, v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 7; vgl. auch das zit. Berlin KG. [sowie § 369 Nr. 1 N. a_2, Nr. 2 N. a_2]; aM. Binding Lb. 2 746 N. 5, freilich im Gegensatz zu S. 30 II 1 das.), durch welche Vorschrift andererseits die Strafhaftung des Wirts vermindert wird.

b) Abs. 2 findet insbs. auch auf Bahnhofswirte Anwendung, die das Verweilen von Gästen, die nicht zum reisenden Publikum gehören, in den Restaurationsräumen über die gebotene Polizeistunde hinaus dulden; RG. III 22. Sept. 04 E. 37 260.

Schlußnoten. N. 10, 11.

10a) Ein Wirt, der seinen von einem Polizeibeamten zum Fortgehen aufgeforderten Gast mit Erfolg zum Verbleiben veranlaßt, ist nicht nur aus Abs. 2, sondern in Realkonk. (§ 74) entweder als Anstifter zur Übertr. aus Abs. 1 oder nach Umständen aus § 111_1 strafbar; so Berner S. 709, auch Frank N. IV (der im vorstehenden Texte die Alternative „entweder — oder" übersieht), während Binding Lb. 2 746 bezüglich des Wirtes immer nur Duldung (Abs. 2) annimmt. Handelt es sich um eine Veranlassung mehrerer Gäste zum Verbleiben, so ist sowohl die wegen Anstiftung aus §§ 365_1, 48 (aM. RG.; vgl. § 73 N. 19 IIa), als auch die nach § 111_1 zu verhängende Strafe „gleich einem Anstifter" (so auch das § 111 N. 8 zit. RG. E. 3 145 sowie Berner aO.) nur einmal verwirkt.

b) Wenn Gäste den Wirt zur Unterlassung der Aufforderung bestimmen, so sind sie nach §§ 365_2, 48 strafbar; Binding aO.

11) Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 366.

Mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft:

1) wer den gegen die Störung der Feier der Sonn- und Festtage erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt;

2) wer in Städten oder Dörfern übermäßig schnell fährt oder reitet, oder auf öffentlichen Straßen oder Plätzen der Städte oder Dörfer mit gemeiner Gefahr Pferde einfährt oder zureitet;

3) wer auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen das Vorbeifahren Anderer muthwillig verhindert;

4) wer in Städten mit Schlitten ohne feste Deichsel oder ohne Geläute oder Schelle fährt;

5) wer Thiere in Städten oder Dörfern, auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen, oder an anderen Orten, wo sie durch Ausreißen, Schlagen oder auf andere Weise Schaden anrichten können, mit Vernachlässigung der erforderlichen Sicherheitsmaßregeln stehen läßt oder führt;

6) wer Hunde auf Menschen hetzt;

7) wer Steine oder andere harte Körper oder Unrath auf Menschen, auf Pferde oder andere Zug- oder Lastthiere, gegen fremde Häuser, Gebäude oder Einschließungen, oder in Gärten oder eingeschlossene Räume wirft;

8) wer nach einer öffentlichen Straße oder Wasserstraße, oder nach Orten hinaus, wo Menschen zu verkehren pflegen, Sachen, durch deren Umstürzen oder Herabfallen Jemand beschädigt werden kann, ohne gehörige Befestigung aufstellt oder aufhängt, oder Sachen auf eine Weise ausgießt oder auswirft, daß dadurch Jemand beschädigt oder verunreinigt werden kann;

9) wer auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen Gegenstände, durch welche der freie Verkehr gehindert wird, aufstellt, hinlegt oder liegen läßt;

10) wer die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassenen Polizei-Verordnungen übertritt.

PrStGB. §§ 340^{8}, 344^{1-4}, 346^{2}, 344^{5}, 346^{3}, 344^{6-8}.

Entw. I §§ 348^{8}, $352^{3-6, 1, 2 u. 7, 8-10}$, II §§ 356^{9}, 362^{1-9}. Aktenst. Nr. 105.

Entw. d. StGN. Art. I § $366^{3, 8-10}$. Aktenst. 1875/76 Nr. 54.

Zu Nr. 1.

a) Die Nr. 1 enthält ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), indem mit Strafe bedroht werden „Zuwiderhdlgen" (§ 360^{13} N. a) gegen „Anordnungen", die erlassen sind „gegen die Störung der Feier der Sonn- u. Festtage" oder, mit anderen Worten, zum Schutze von deren Feier gegen Störungen. Angesichts des Art. 4 RV. i. V. mit dem Begriff der Feiertagsheiligung (b) wird es daher nur um landesrechtliche „Anordnungen" sich handeln können; unter letzteren aber sind, wie im § 360^{13}, solche allgemeiner Natur, d. h. Gesetze o. Verordnungen, insbs. Polizei-Verordnungen, zu verstehen; solche für bestimmte Personen, wie § 327 (das. N. 5) sie daneben im Auge hat, sind nicht gemeint; Rubo N. 2, Rüd.-St. N. 1. Ob die „Anordnungen" vor oder nach Erlaß des RStGB. getroffen sind, ist gleichgültig (Oppenh.-D. N. 2, Rüd.-St. N. 1), insbs. können sie deshalb auch enthalten sein in den als solche nicht aufgehobenen (EG. § 2 N. 8) Landesstrafgesetzbüchern, wie z. B. im § 307^{8} des Waldeckschen StGB.; Berlin KG. 13. Apr. 85, 21. Juni 88, Jahrb. 5 353, 8 224.

b) Die betreffenden Anordnungen müssen bezwecken den Schutz der religiösen Feier der „Sonn- u. Festtage", d. h. also insoweit sie der Gottesverehrung gewidmet sind; dagegen ist hier an die wirtschaftliche Bedeutung dieser Tage nicht gedacht; Rotering N. 1_{1-3} u. GS. 58 93. Daher kommen einerseits die zwecks Verhütung der körperl. Verkümmerung der gewerbl Arbeiter o. aus ähnlichen Rücksichten gegebenen Vorschriften der GewerbeO. für die Anwendung der Nr. 10 nicht in Betracht; so Rotering N. 1_{1} u. GS. 58 94; aM. Rubo N. 2. Andererseits sind deshalb unter „Festtagen" nur kirchliche gemeint, nicht auch nationale o. politische; Wahlberg HH. 3 274. Im übrigen aber sind, wie schon nach dem wörtlich ins RStGB. hinübergenommenen § 340^{8} PrStGB. unter „Festtagen" nur solche zu verstehen, die landesrechtlich als allgemein zu beachtende anerkannt sind, während es darauf nicht ankommt, daß der Tag von den christlichen Kirchen als gemeinsamer Feiertag anerkannt werde; Berlin KG. 13. Apr. 85 Jahrb. 5 353; vgl. auch RG. I 27. Juni 98 E. 31 221 btr. die allg. Feiertage in der Pr. Rheinprovinz, I 8. Nov. 00 E. 47 444, btr. die in den konfessionell gemischten Orten Bayerns. Wollte man weiter gehen, so müßte man die Festtage „aller innerhalb des Bundesgebiets bestehenden Religionsgesellschaften" einbeziehen (so Wahlberg aO.), womit man zu einem unhaltbaren Ergebnis gelangt. Daß bloß kirchliche Festtage wie gesetzliche in der obigen Bedeutung gefeiert werden sollen, kann durch eine bloße PolizeiV. nicht vorgeschrieben werden; denn es wird

ein landesgesetzlich angeordneter Festtag vorausgesetzt; Oppenh.-D. R. 5, Rotering R. 1_{13} u. GS. 58 93; mit Recht bemerkt dieser S. 116, daß auch eine die Vorabende der hohen Festtage dem religiösen Gebrauche der christl. Kirche gemäß schützende Verordnung nicht auf Nr. 1 des § 366 sich stützen könne, sondern lediglich aufs Landesrecht; vgl. jedoch Berlin KG. 16. Mai 98 G. 46 141 (das im übrigen mit dem R. c zit. KG. Jahrb. 18 309 übereinstimmt). In der Praxis sind als „Festtage" anerkannt: für Kurhessen der „Karfreitag" (Berlin KG. 9. Feb. 93 Jahrb. 13 391), für Waldeck der „Karfreitag" (zit. Berlin Jahrb. 5 353), sowie die „beiden großen Buß- u. Bettage", letztere, obgleich sie im § 21 des Waldeckschen EGStGB. nicht mitgenannt sind (Berlin KG. 21. Juni 88 Jahrb. 8 224), für die kathol. (nicht die konfessionell gemischten; s. o.) Orte Bayerns Mariä Empfängnis u. Mariä Lichtmeß (München OLG. 31. Okt. 99 E. 10 299).

c) Nach der Entstehungsgeschichte der Nr. 1 aus den Vorschriften des Pr. Rechtes (vgl. hierüber Rotering R. 1_4 u. GS. 58 90 ff.), insbs. der dem § 340⁸ PrStGB. zugrunde liegenden PrKabO. v. 7. Feb. 1837, welche die Befugnisse der Behörden, durch polizeil. Bestimmungen die äußere Heilighaltung der Sonn- u. Festtage zu bewahren, regelte, erhellt, daß es auch im Falle der Nr. 1 nur um solche Störungen sich handelt, die nach außen hin unmittelbar in die Erscheinung treten und als solche geeignet sind, die äußere Heilighaltung der Sonn- u. Festtage, die an ihnen zu beobachtende äußere Ruhe und in diesem Sinne die allgemeine Sonntagsfeier zu stören; so RG. III 30. Okt. 89 E. 20 81 und früher schon Berlin OTr. 23. Sept. 75, 3. Okt. 76, O. 16 601, 17 635, sowie ferner KG. 5. Juli 83, 29. Nov. 97, Jahrb. 4 256, 18 301, 24. Sept. 00 Jahrb. 20 C 116 (s. übrigens u. f 7).

Die „Feier" der Sonn- u. Festtage ist übrigens nicht lediglich zu verstehen von der in der öffentl. Gottesanbetung durch den Gottesdienst bestehenden Feier i. e. S., sondern auch von derjenigen feierlichen Ruhe, die für die Sonntagsheiligung überhaupt erforderlich ist; Berlin 23. Sept. 75, 5. Feb. 79, O. 16 601, 20 65, Berner S. 710, Rotering R. 1_3. Es schließt dies aber nicht aus, daß für die Zeit der eigentlich kirchlichen Feier, des Gottesdienstes, besondere strengere Anordnungen getroffen werden können; so z. B. § 10 der Schleswig-Holst. V. v. 10. März 1840; Berlin 4. Feb. 84 Jahrb. 4 261, Rotering R. 1_6. Immer aber muß für die Anordnungen maßgebend sein der Gesichtspunkt des Schutzes der Sonntagsfeier für die Allgemeinheit bzw. für die Gemeinde; Anordnungen, die eine Störung der Sonntagsfeier des einzelnen verhüten wollen, sind nicht gemeint (vgl. § 167); zit. Berlin O. 16 601, Rotering R. 1_8. Deshalb kann gegen eine Anordnung niemals verstoßen die Abhaltung einer Versammlung in einer Behausung lediglich zum Zwecke der Vornahme gottesdienstl. Hdlgen, mag dadurch auch den Bestimmungen des Vereins- u. Versammlungsrechts zuwidergehandelt werden; Berlin KG. 2. März 85 Jahrb. 5 272.

d) Die Zuständigkeit zum Erlasse solcher Anordnungen regelt sich nach der Landesgesetzgbg. Für Preußen nimmt die Praxis auf Grund der (namentl. auch von dem zu c zit. RG. E. 20 81 sowie von Rotering GS. 58 110) noch für gültig angesehenen PrKabO. v. 7. Feb. 1837 i. V. mit den neueren Vorschriften der ProvinzialO. und des LandesverwaltungsG. die ausschließliche Zuständigkeit der Oberpräsidenten bzw. Regierungspräsidenten (früher der Regierungen) an, unter Verneinung der Zuständigkeit der Ortspolizeibehörden bzw. der Übertragungsbefugnis auf diese; Berlin KG. 5. Juli 83, 2. Feb. 88, 13. Mai 89, Jahrb. 4 256, 8 219, G. 37 217; vgl. aber dagegen die Ausführungen von Bornhak ArchÖffR. 5 907 ff.

e) Mit Strafe bedroht sind die Zuwiderhdlgen gegen die Anordnungen, die gegen die „Störung" der Sonntagsfeier erlassen sind; daß die Sonntagsfeier selbst durch die Zuwiderhdlg. gestört worden sei, ist kein Erfordernis (vgl Nr. 10 R. b); Berlin OTr. 3 Okt. 76, 15. Feb. 77, O. 17 635, 18 132, KG. 13. Apr. 85 Jahrb. 5 353, Berner S. 710, Frank R. 1, Rotering R. 1_9. Die „Anordnungen" werden deshalb meist gegen Hdlgen sich richten, die von der die Anordnung erlassenden Behörde, deren Ansicht einer richterlichen Prüfung nicht unterliegt, für geeignet erachtet werden, die Sonntagsfeier zu stören; Berlin 23. Sept. 75 O. 16 601.

Im übrigen können die „Anordnungen" einen verschiedenartigen Inhalt haben, sie können insbs. nicht bloß Verbote enthalten, sondern auch Gebote; Rotering N. $1_{6,8}$. Von dem Inhalte der Anordnungen hängt es auch ab, ob nur vorsätzliche o. auch fahrlässige Zuwiderhdlgen strafbar sind (Dresden 15. Juli 78 SächsGZ. 23 31, Rotering N. 1_{6}); im Zweifel ist bei dem rein polizeilichen Charakter des Deliktes auch fahrlässiges Verhalten für strafbar zu erachten (Abschn. 29 N. 2_{3}); Frank N. I. Unbedingt zur Bestrafung erforderlich ist aber auch hier nicht nur objektive Rechtswidrigkeit, sondern auch subjektive Verschuldung; vgl. Rotering N. 1_{12}.

f) Die Praxis hat hinsichtlich der Gültigkeit erlassener polizeilicher Anordnungen zum Schutze der Sonntagsfeier folgende Stellung eingenommen:

α) Für verbindlich sind erachtet Anordnungen, die verbieten, wie das Waldecksche StGB. § 307[8], „öffentl. u. geräuschvolle Hantierungen, landwirtschaftl. Geschäfte ɩc." (Berlin KG. 13. Apr. 85, 21. Juni 88, Jahrb. 5 353, 8 224) oder, wie die BayerV. v. 30. Juli 1862, „alle öffentl. vorgenommenen Arbeiten des landwschftl. o. gewerbl. Betriebes" (München KassH. 12. Juli 75 St. 6 72, OLG. 5. Jan. 93 E. 7 326) oder, wie das KglSächsG. v. 10. Sept. 1870, „gewöhnliche Hantierungen u. die Wochenarbeiten im Bereiche der Landwirtschaft u. des Gewerbebetriebes außerhalb der Wohnungen u. Ökonomiegebäude, alle nach außen durch Geräusch sich bemerkbar machenden Arbeiten", namentl. aber „die Arbeiten in Fabriketablissements überhaupt" (RG. III 30. Okt. 89 E. 20 81).

β) Für verbindlich sind ferner erachtet PolV., welche die Verabreichung von Speisen u. Getränken in Wirtshäusern u. Schankstätten (außer an Reisende) bzw. das Offenhalten von beiden sowie von Magazinen ɩc. während des Gottesdienstes verbieten (Berlin 3. Okt. 76, 26. Apr. 77, O. 17 635, 18 289, München 19. Mai 77 St. 7 361), dagegen für unverbindlich eine PolV., die jeden Handelsverkehr an Sonn- u. Festtagen ausnahms- u. bedingungslos verbietet (Berlin KG. 5. Juli 83 Jahrb. 4 256; vgl. dagegen Rotering GS. 58 114).

γ) Für verbindlich sind endlich erachtet PolV., wodurch für die Dauer des sonn- o. festtäglichen Gottesdienstes jede Art der Jagdausübung untersagt wird (Berlin 23. Sept. 75, 15. Feb. 77, O. 16 601, 18 132), dagegen für unverbindlich eine gänzliche Untersagung der Jagd an Sonn- u. Festtagen; Berlin zit. O. 16 601, KG. 20. Juni 98, 28. Sept. 03, 13. Juni 04, Jahrb. 19 325, 26 C 76, 28 C 24, sowie insbs. auch für die neuen Pr. Provinzen KG. 24. Sept. 00 Jahrb. 20 C 116; wenn letzteres eine dahin gehende PolV. wenigstens insoweit für gültig erachtete, als sie die äußere Heilighaltung der Sonn- u. Feiertage schützen wolle, so ist diese Ansicht durch das zit. KG. Jahrb. 28 C 24 ausdrücklich aufgegeben. Wohl aber ist für verbindlich erachtet ein Verbot der Abhaltung von Treibjagden an Sonntagen überhaupt (zit. Berlin O. 16 601), worunter diej. Art der Jagdausübung zu verstehen ist, bei der das Wild durch eine unbestimmte Anzahl von Personen u. durch Hunde aus seinem Stand ɩc. aufgejagt wird, um es dem Schützen zuzutreiben; München OberstesLG. 5. Nov. 01 E. 2 127.

Zu Nr. 2—5, 8—10. Allg. Bemerkungen.

a) Die Nr. 2—5 und 8—10 enthalten sicherheitspolizeiliche Vorschriften für den Verkehr der Menschen im Raume nebeneinander, und zwar vorzugsweise, aber nicht ausschließlich, im Freien.

α) Am weitesten gehen die Nr. 5 u. 8, insofern sie „Orte" (§ 39 N. 1) im Auge haben, an denen — gleichgültig, wo gelegen —

1. „Tiere Schaden anrichten können" (Nr. 5),

2. „Menschen zu verkehren pflegen" (Nr. 8), d. h. also nicht bloß ausnahmsweise sich aufhalten, übrigens ohne Rücksicht darauf, ob das Verkehren ein berechtigtes, ein geduldetes o. ein unbefugtes ist (Binding Lb. 2 929 N. 3, Meves § 366[8] N. 9); denn wenn daneben (vgl. β) genannt sind in Nr. 5 „Städte o. Dörfer, öffentl. Wege, Straßen o. Plätze", in Nr. 8 „öffentl. Straßen o. Wasserstraßen", so kommt dem weiter keine Bedeutung zu, da daraus keineswegs zu schließen ist, daß die in Frage kommenden „Orte" überhaupt „öffentliche" sein müßten; das fordert weder der Wortlaut, noch der Grund des Gesetzes; Berner S. 711, Meves § 366[8] N. 7, 9, Oppenh.-D. N. 22.

β) Abgesehen von den Nr. 5 u. 8 (s. α 2) schützen die Nr. 3, 9 u. 10 die Verkehrssicherheit „auf öffentl. Wegen, Straßen, Plätzen" (§ 116 N. 2) o. „Wasserstraßen" (§ 243 N. 37b) und endlich die Nr. 2 u. 4 diejenige „auf öffentl. Straßen o. Plätzen" und zwar der „Städte o. Dörfer" (Nr. 2) bzw. lediglich der „Städte" (Nr. 4); denn auch im Falle der ersten Alternative der Nr. 2, desgleichen im Falle der Nr. 4 sind augenscheinlich nur die „öffentl. Straßen u. Plätze" der Städte bzw. Dörfer gemeint. Unzulässig ist es, mit Rotering N. 4₂ im Falle der Nr. 4 unter „Städten" auch „Dörfer mit städt. Straßenverkehr" zu verstehen. Unter „öffentlichen Wegen rc." sind übrigens tatsächlich, nicht notwendig rechtlich öffentl. zu verstehen; so: RG. FS. 11. Sept. 00 E. 33 371 (gelegentlich), Berlin KG. 11. März 01 Jahrb. 21 C 90; vgl. auch wg. des Begriffs für den Übertretungsabschn., insbs. die Nr. 9 des § 366, Dresden OLG. 27. März 93 SächsA. 15 19.

b) Insofern sind die Vorschriften aller dieser Nr. allgemeiner Natur, als sie auf öffentl. Verkehrswege (bzw. andere „Orte") Anwendung finden, einerlei welcher Struktur dieselben sind (vgl. Berlin 3. Dez. 74 O. 15 834), also an sich auf „Sandwege" so gut wie auf „Chausseen" rc. Daraus ist zu folgern, daß die Sondervorschriften der Landesgesetze über den Verkehr auf gewissen öffentl. Straßen (Brücken), die mit Rücksicht auf deren Besonderheiten erlassen sind, von den btr. Nr. nicht berührt werden; so Berlin 19. Feb. 74 G. 22 56, zit. O. 15 834, btr. der „Zusätzlichen Bestimmungen zum PrChausseegeldtarif v. 29. Feb. 1840"; vgl. auch: Meves § 366 N. 19, 21, Rotering N. 2₂.

Zu Nr. 2.

a) Die Nr. 2 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2ff.) enthält einen Mischtatbestand; soweit sie sich richtet gegen „übermäßig schnelles Fahren o. Reiten" (übrigens gleichgültig mit welchen Tieren, also z. B. auch mit Hunden, bzw. soweit das Fahren in Betracht kommt, ob auf einem vom Fahrer durch eigene Kraft bewegten Rade [RG. III 14. März 04 E. 51 195] oder ob auf einem Motorwagen o. Rade), liegt ein reines Polizeidelikt vor, während das „Einfahren o. Zureiten mit gemeiner Gefahr" (vgl. Abschn. 27 N. 1 u. § 312 N. 4) ein Gefährdungsdelikt ist; Binding Lb. 2 107. Eine Schuld ist aber in beiden Fällen erforderlich (Abschn. 29 N. 2₂), namentl. handelt es sich auch bei der ersteren Alternative nicht um ein „reines Formaldelikt, bei welchem lediglich die äußere Hdlg. in Frage komme"; so jedoch RG. I 13. Okt. 83 R. 5 604; richtiger Ansicht zufolge (so: Geyer 1 188, Lucas Subj. Verschuldg. S. 141, Rotering N. 2₂) ist aber das „übermäßig schnelle Fahren" z. B. nicht strafbar, wenn es infolge Durchgehens der Pferde gegen den Willen des Fahrenden geschieht. Andererseits wird nicht nur bei dem Polizeidelikte, sondern auch bei dem Gefährdungsdelikte Fahrlässigkeit zur Bestrafung genügen, wofür bei letzterem seine Zusammenstellung mit einem reinen Polizeidelikte spricht (vgl. T. I Abschn. 4 N. 4₂); deshalb ist aus Nr. 2 auch strafbar, wer beim Einfahren von Pferden das Vorliegen der gemeinen Gefahr aus Fahrlässigkeit nicht erkannte; so, außer Lucas aO., Binding Lb. aO. u. Normen 1 403 N. 22 (absichtliche o. unabsichtliche Gefährdung, sozusagen „fahrl. Delikt ohne Erfolg"); aM. Rotering N. 2₂, der in Nr. 2 ein vorsätzl. Delikt bedroht sieht, bei dem der Täter das Vorliegen der gemeinen Gefahr wissen müsse; Frank N. II nimmt bei S. 1 Fahrlässigkeit, bei S. 2 Vorsatz an.

b) Idealkonk. (§ 73) ist denkbar mit Tötungs- u. Körperverletzungsdelikten, insbs. mit fahrlässigen (§§ 222, 230); RG. I 13. Okt. 83 R. 5 604, Binding Lb. 2 107 u. Normen 2 457, Geyer 1 188, Frank N. II.

Zu Nr. 3.

a) Da in Nr. 3 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2ff.) das „mutwillige" (§ 134 N. 3₂) Verhindern des Vorbeifahrens anderer bedroht ist, so handelt es sich um ein vorsätzliches Delikt; Frank N. III, Rotering N. 3; abweichend Meves N. 5. Da das „Verhindern", im Gegensatz zum bloßen „Hindern" (§ 46 N. 11b), das Unmöglichmachen bezeichnet, so muß die Tätigkeit, wenn auch nur zeitweise, eine erfolgreiche gewesen sein; Meves N. 6. Gleichgültig ist übrigens, wodurch das Hindernis bewirkt wird (Meves aO.), es kann deshalb namentl. auch in dem Unterlassen des Ausweichens bestehen, das aber nach obigem ein vorsätzliches sein muß; Rüd.-St. N. 7, Rotering N. 3.

Zu Nr. 4.

a) Mit Strafe bedroht ist in Nr. 4 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff.) die, wenn auch nur fahrlässige (Binding Lb. 1 79 u. Normen 1 403 N. 22, Frank N. IV, Rotering N. 4₁) Verletzung des Gebotes (Aldosser Unterlassungsdel. S. 132), in „Städten" (s. o. N. a zu den Nr. 2—5, 8—10) beim Schlittenfahren einerseits „feste Deichseln zu benutzen", andererseits „ein Geläute o. Schellen anzubringen".

Zu Nr. 5.

a) An denjenigen, der „Tiere", gleichgültig welcher Art, an Orten (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff.), wo sie durch körperliche Bewegungen (nicht etwa durch Ansteckung; Frank N. V) „Schaden", d. h. hier nicht notwendig „Vermögensschaden" (§ 268 N. 3), wenn er auch meist diese Natur haben wird, sondern irgendwelche Verschlechterung des körperlichen Zustandes von Menschen, Tieren o. leblosen Sachen (Oppenh.-D. N. 9 „Schaden an Personen o. Sachen") „anrichten können" (Nr. 8 N. a), „stehen läßt o. führt", ist das Gebot (Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, Landsberg Kommissivdel. S. 219) gerichtet, die „erforderlichen Sicherheitsmaßregeln" (vgl. § 367[14] „Sicherungsmaßregeln" u. § 367[11] „Vorsichtsmaßregeln") zu ergreifen. Als Subjekt der strafb. Unterlassung, die eine vorsätzliche o. fahrlässige sein kann (Binding Lb. 1 79, Frank N. V, Rotering N. 5₁), erscheint ausweislich des Wörtchens „Wer" ein jeder, der ein Tier augenblicklich unter seiner Obhut hat und es vernachlässigt, gleichviel in welchem Verhältnisse er zu dem Tiere steht; München 11. Jan. 78 St. 5 180, Berner S. 710.

b) Außer der Nr. 5 enthält auch § 367[11] eine Vorschrift zur Sicherung gegen Gefahren aus der Nichtbeaufsichtigung von Tieren; trotzdem regeln beide Bestimmungen nicht etwa zusammen die Materie der strafb. Gefährdungen durch Nichtbeaufsichtigung von Tieren, vielmehr enthalten sie nur Einzelbestimmungen, so daß landesrechtlich noch weitergehende Vorschriften gegeben werden können; so: das EG. § 2 N. 4 b zit. ROHG. E. 19 348, Berlin KG. 23. Nov. 96, 11. Mai 03, Jahrb. 18 272, 26 C 25; abweichend Frank N. V.

Zu Nr. 6.

a) Das „Hetzen" von „Hunden", gleichgültig, welcher Art und Größe, auf Menschen ist, worüber kein Zweifel, begrifflich eine vorsätzliche Hdlg. Gleichgültig ist dagegen der Zweck, zu dem das „Hetzen" geschah; es kann deshalb namentl. auch behufs einer Körperverltzg. geschehen und wird dadurch die Anwendung der Nr. 6 nicht ausgeschlossen; Berner S. 711, Binding Lb. 1 79 u. Normen 1 403, Hälschner 2 89, Rüd.-St. N. 10. Die Hdlg braucht nicht notwendig eine „Gefährdung" zu enthalten, so ist das Hetzen z. B. auch dann strafbar, wenn es mit einem zahnlosen Hunde geschieht o. mit einem solchen, der zu feige ist, Menschen zu packen. Demnach liegt ein reines Polizeidelikt vor, bei dem jedoch seiner Natur nach nur vorsätzliches Handeln strafbar ist; Frank N. VI. Hieraus ergibt sich nicht nur die Anwendbarkeit der Nr. 6, falls ein aus § 223 nicht strafb. Versuch der Körperverltzg. vorliegt (Binding Hb. 1 360 N. 10 u. aO., Rotering N. 6), sondern auch die Möglichkeit der Idealkonk. (§ 73) mit vollendeter, fahrl. o. selbst vorsätzl., Körperverltzg.; so: Hälschner 2 89, Frank N. VI, Rüd.-St. N. 10, und insbs. wegen vorsätzl. K. RG. II 1. Juni 83 E. 8 315; aM.: Binding Hb. 1 360 u. Lb. aO. (abweichend noch Normen 2 457), v. Schwarze N. 6, Rotering N. 6. Daraus aber folgt weiterhin, daß Bestrafung aus Nr. 6 einzutreten hat, falls der zur Bestrafung wegen Körperverltzg. erforderliche Strafantrag nicht gestellt ist (§ 73 N. 24a); so freilich auch Binding im Hb. aO. u. Normen 1 403.

b) Über die Frage, ob das Nachschicken eines abgerichteten Hundes seitens eines Polizeibeamten hinter einem Radfahrer straffrei sein könne, vgl. das T. I Abschn. 4 N. 1 (s. auch 9 b) zit. RG. G. 48 301 (mit der weiteren Ausführnng, die bloße Meinung, zu der fr. Maßregel befugt zu sein, rechtfertige nicht die Anwendung des § 59, sd. nur eine irrt. Auffassung der amtl. Befugnisse).

Zu Nr. 7.

a) „Werfen" ist im Gesetz begrifflich nicht bestimmt, daher i. S. des gewöhnlichen Sprachgebrauchs als vorsätzl. Körpertätigkt. — sei es in Verbindung mit einem Instrument o. ohne solches — zu verstehen, vermöge deren ein Gegenstand in eine rasche die

Luft durchschneidende Bewegung gesetzt wird; München OLG. 5. Jan. 97 E. 9 203 (das „Anpissen" falle nicht darunter). Ähnlich wie in Nr. 6 handelt es sich in Nr. 7 gleichfalls um eine „vorsätzliche" Hdlg. (so die GM., insbs. Berlin 20. Sept. 76 O. 17 575), die zu allen möglichen Zwecken vorgenommen sein kann. Demnach steht auch hier ein reines Polizeidelikt in Frage; Gefährdung wird zwar zumeist vorliegen, erscheint aber nicht unbedingt erforderlich. Die Bemerkungen zu Nr. 6 betreffs der Anwendung bei versuchter Körperverlzg. gelten deshalb entsprechend; auch kann Idealkonk. (§ 73) stattfinden mit Körperverlzg. bzw. Sachbeschädigg.; so: RG. I 5. Feb. 91 E 21 314 (mit fahrl. Körperverlzg.), Berner S. 711, Hälschner 2 89, Frank N. VII, Oppenh.-D. N. 20, Rüd.-St. N. 11; aM.: Binding Hb. 1 360 u. Lb. 1 79, v. Schwarze N. 7 A. 2.

b) Wenn der Gesetzgeber vom Werfen „auf Menschen" rc. „gegen Häuser" rc. und „in Gärten" rc. spricht, so ist klar, daß er mittels der verschiedenen Präpositionen auch Verschiedenartiges hat zum Ausdruck bringen wollen; Berlin 5. Dez. 77 St. 8 326. Insbs. wird danach mit dem Werfen „auf Menschen" nur die Richtung des Wurfes i. S. von „nach" angedeutet, so daß ein Treffen nicht erfordert wird; so: RG. I 31. Jan. 81 E. 3 306, zit. Berlin, Berner S. 711, Frank N. VII, Oppenh.-D. N. 15, Rüd.-St. N. 11, Rotering N. 7_1; aM.: München 22. Dez. 70 St. 7 210, Rubo N. 8, v. Schwarze N. 7. Wohl aber ist es möglich, daß auch beim Treffen eines Menschen dennoch nur die Nr. 7 und wg. Fehlens des Vorsatzes bzw. der Fahrlässgkt. nicht §§ 223 ff. o. § 230 Anwendung finden. Beim Werfen „gegen Häuser" gehört dagegen das Treffen zum Tatbestande; so: zit. Berlin, Berner, Frank, Oppenh.-D. u. Rotering aO.; aM. Rüd.-St. aO., auch das „gegen" habe nur die Richtung im Auge. Beim Werfen „in Gärten" muß der Stein in den Raum hineingelangt sein; Berner, Frank, Rotering aO.

c) Was die äußeren Objekte, gegen welche die Hdlg. sich richtet, betrifft, so sind sie zum Teil — nämlich „Häuser, Gebäude o. Einschließungen" — als „fremde" bezeichnet, womit sie als im Eigentum bzw. Miteigentum eines anderen stehend charakterisiert werden (vgl. § 242 N. 5 ff., insbs. N. 11). Aus dem Grunde, weil sonst die Rechtswidrigkeit wegfalle, wird das Wort „fremde" auch bezüglich der „Gärten rc." oder sogar auch noch bezüglich der „Tiere" (Rotering N. 7_1) unterstellt. Das erscheint jedoch zu weitgehend, obschon zweifellos objektive Rechtswidrigkeit der Hdlg. auch hier erfordert wird (Abschn. 29 N. 2_2). Allein diese wird keineswegs unbedingt ausgeschlossen beim Werfen auf eigene Tiere bzw. in eigene Gärten; man denke an den Fall, daß der Stein geworfen wird auf ein von einem anderen gerittenes Pferd (Binding Normen 1 404) oder in einen an einen Dritten verpachteten Garten; so auch Frank N. VII u. Oppenh.-D. N. 17. Im übrigen ist noch hervorzuheben:

α) Die Benennung von „Zug- o. Lasttieren" deutet darauf hin, daß die Bestimmung insoweit den Verkehr auf der öffentl. Straße rc. im Auge hat, da sonst diese Beschränkung nicht erklärlich sein würde; aM. Rüd.-St. N. 13. Ist nun auch nicht erforderlich, daß das Tier im Augenblick des Werfens zum Ziehen o. Lastentragen verwendet werde, so wird doch der Tatbestand ausgeschlossen, wenn z. B. auf ein solches etwa im geschlossenen Raum ausgestelltes Tier geworfen wird.

β) Neben „Gebäuden" (§ 243 N. 11) sind überflüssigerweise auch noch „Häuser" genannt, die unter den Begriff jener fallen. Mit „Einschließungen" sind die Umwehrungen selbst bezeichnet.

γ) Daraus, daß neben „Gärten" auch noch „eingeschlossene Räume" genannt werden, erhellt, daß jene gegen das Hineinwerfen geschützt werden, auch insofern sie nicht eingeschlossen sind. Der Ausdruck „eingeschlossener R." ist übrigens nicht gleichbedeutend mit „umschlossener R." i. S. des § 243 (das. N. 7); Oppenh.-D. N. 18, v. Schwarze N. 7; wohl aber sind die Begriffe „befriedet" i. S. des § 123 (das. N. 5) bzw. „mit einer Einfriedigung versehen" i. S. des § 368⁹ (das. N. b α) gleichbedeutend; es kommt weniger an „auf die durch die Umschließung hervorgebrachte Unzugänglichkeit als darauf, daß die btr. Räumlichkeit durch irgendeine äußerlich erkennbare Vorrichtung nach allen Seiten hin befriedet sei"; so richtig Oppenh.-D. N. 18, der aber trotzdem die gleiche Bedeutung mit „be-

friedet" i. S. des § 123 bestreitet. Hiernach gehören jedenfalls auch „Gebäude" (β) zu den „eingeschlossenen Räumen", so daß ein Werfen in Häuser, z. B. durch ein offenes Fenster, gleichfalls unter Nr. 7 fällt; Oppenh.-D. N. 18.

d) Die geworfenen Objekte btr., so wird das Beschädigende („Steine o. andere harte Körper") dem „Unrat" gegenübergestellt, jedoch nicht um letzteren Begriff zu beschränken, sondern nur um damit allgemein das Verunreinigende zu bezeichnen, auch wenn es nicht gerade als ekelerregend gilt; so das N. a zit. RG. E. 21 314 insbs. btr Werfen mit frisch gemischtem Kalk.

e) Ist die Hdlg. reines Polizeidelikt (a), so wird trotz ihrer Vorsätzlichkeit die Bestrafung nicht unbedingt, wie Rotering N. 7_1 annimmt, durch das Fehlen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, wie z. B. bei der Annahme der Einwilligung des Verletzten. Es wird vielmehr darauf ankommen, ob jenes Bewußtsein aus Fahrlässigkt. ausgeschlossen war o. nicht.

Zu Nr. 8.

a) In Nr. 8 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff., 8 ff.) stehen an sich vorsätzliche Hdlgen in Frage, wie „aufstellen o. aufhängen" bzw. „ausgießen o. auswerfen"; allein sie sind für strafbar erklärt ohne Rücksicht auf konkrete Gefährdung, sondern lediglich unter der objektiven Voraussetzung, daß das Aufstellen ꝛc. „ohne gehörige Befestigung" erfolgte, bzw. das Ausgießen ꝛc. auf eine Art und Weise, daß die Beschädigung o. Verunreinigung eines Menschen erfolgen kann; es liegt somit ein reines Polizeidelikt vor, nicht etwa ein Gefährdungsdelikt oder ein fahrl. Verletzungsdelikt; RG. IV 17. Apr. 88 E. 17 303, Binding Lb. 2 929, Frank N. VIII. Nur die Möglichkeit einer Gefährdung o. Verletzung i. e. S. wird erfordert; diese aber bedarf der nötigen tatsächlichen Feststllg.; München 19. Okt. 77 St. 8 327, Frank aO. Das zit. RG. geht aber — wie auch Binding u. Frank aO. annehmen — zu weit, wenn es auf das Vorhandensein eines subjektiven Schuldmomentes hinsichtlich der Strafbarkeit der Hdlg. gar kein Gewicht legt (vgl. Abschn. 29 N. 2_2); so kann z. B. Strafbarkeit nicht eintreten, falls die Befestigung lediglich infolge eines Zufalles eine „nicht gehörige" war, z. B. infolge eines unsichtbaren inneren Sprunges eines zur Befestigung, etwa eines Blumentopfes, verwendeten eisernen Bandes, oder wenn jemand vor dem Ausgießen in sorgfältiger Weise von der Abwesenheit von Personen auf weitere Entfernung sich überzeugt hat, dennoch aber eine Person in unsichtbarer Weise, z. B. versteckt unter Stroh, etwa in diebischer Absicht sich verborgen gehalten hat; insoweit ist also zur Strafbarkeit Fahrlässigkeit erforderlich (Rotering N. 8_1) und deshalb führt auch der irrige Glauben einer genügenden Befestigung, wenn er nicht auf Fahrlässigkt. beruht, zur Freisprechung; aM.: das zit. RG., Meves N. 10, 11.

b) Die fraglichen Hdlgen — für die nach allg. Rechtsgrundsätzen über die sog. mittelbare Täterschaft (vgl. T. I Abschn. 3 N. 5_4) auch derjenige verantwortlich ist, der sie durch andere vornehmen läßt (so das zu a zit. RG.) — sind nicht etwa unter dem Gesichtspunkte der Reinlichkeit auf den Straßen mit Strafe bedroht (vgl. deshalb Nr. 10; Rotering N. 8_2), sondern vielmehr lediglich im sicherheitspolizeilichen Interesse rücksichtlich der Personen in bezug auf körperliche „Beschädigung" (nicht notwendig „Verletzung"; Meves N. 10) o. wenigstens „Verunreinigung" (wozu auch ein vielleicht unbedeutender u. leicht zu beseitigender Fleck am Körper o. an der Kleidung eines Menschen genügt; Binding, Meves aO.); München 19. Okt. 77 St. 8 327, Berner S. 711, Meves N. 7.

Wenn übrigens die Hdlgen mit Strafe nur bedroht sind, insofern sie vorgenommen werden „nach einer Straße ꝛc. hinaus", so hat dadurch lediglich erfordert werden sollen, daß die durch die Tat bedingte Möglichkeit einer Gefährdung o. Verletzung (a) einen an einem solchen Orte sich aufhaltenden Menschen treffen könne, während nicht ausgeschlossen ist, daß die Hdlg. auch an dem Orte selbst vorgenommen ist; RG. I 14. Dez. 05 G. 53 (der Werfende brauche nicht außerhalb der Straße u. des dazu gehörigen Luftraumes sich zu befinden), Meves N. 13; vgl. auch den dem zit. RG. E. 17 303 zugrunde liegenden Fall „Aufstellen eines ausgehobenen Bretterzauns auf der öffentl. Straße".

c) Wird durch das „Umstürzen" ꝛc. oder „Ausgießen" ꝛc. ein Mensch o. eine Sache beschädigt und dadurch der Tatbestand einer Körperverltzg. (§§ 223 ff.) begründet, so ist,

wie bei der Nr. 5, die Möglichkeit einer Idealkonk. (§ 73) gegeben, da die Nr. 8 nur ein reines Polizeidelikt bedroht; so: Berner S. 711, Frank N. VIII, Oppenh.-D. N. 23, Rüd.-St. N. 16; aM. Binding Lb. 2 929 (bei Versuch einer Körperverltzg. trete jedoch Strafe aus Nr. 8 an Stelle der fehlenden Versuchsstr. ein). Können die Strafbestimmungen wegen Körperverltzg., z. B. wegen fehlenden Strafantrages, keine Anwendung finden, so ist die Strafe aus Nr. 8 festzusetzen.

Zu Nr. 9.

a) Auch die Nr. 9 (vgl. übrigens o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff., 8 ff.) enthält ein reines Polizeidelikt; so München OLG. 23. Sept. 99 (nicht 00) E. 10 277; aM. Binding Lb. 2 928 N. 5. Die Vorschrift bezweckt, ohne jedoch die Materie zu regeln, den „freien“ — d. h. ungehinderten — „Verkehr“ auf den öffentlichen Verbindungswegen zu sichern, abgesehen übrigens von „Eisenbahnstraßen“, bezüglich derer die §§ 315 f. als Sondervorschriften Platz greifen; Meves N. 18; vgl. jedoch Binding aO. N. 2. Es wird aber nur unter Strafe gestellt die Übertretung des besonderen Verbotes (aM. Alboffer Unterlassungsdel. S. 132 u. Landsberg Kommissivdel. S. 219, die das Vorliegen eines Gebotes annehmen), den Verkehr zu „hindern“ (im Unterschiede von „verhindern“ oben in Nr. 3; so auch Binding aO. 928) durch „Aufstellen rc. von Gegenständen“; aus welchem Grunde die aufgestellten Gegenstände die Verkehrshinderung bewirken, ob infolge ihrer Größe, ihrer Gefährlichkeit o. des ihnen entströmenden Dampfes, Rauches o. Gestankes, ist gleichgültig; Binding aO. 928. Die Gesetzesworte sprechen ganz deutlich, daß durch diese Hdlgen der „freie Verkehr gehindert“ sein müsse; München 1. März 73, 13. Jan. 77, St. 2 251, 7 212. Es ist die Behauptung von Berlin KG. 23. Juni 81 Jahrb. 2 253, daß der Wortlaut der fr. Strafandrohung für jene Auffassung nicht spreche, unrichtig, deshalb auch die Ansicht, daß zur Anwendung der Nr. 9 das Aufstellen rc. von Gegenständen genüge, die geeignet seien, den freien Verkehr zu hindern; so jedoch auch: München OLG. 3. Juli 90 E. 6 180, OberstesLG. 7. Feb. 01, 25. Okt. 02, E. 1 281, 3 65, Berner S. 712, Binding aO. 928, Meves N. 14, Oppenh.-D. N. 25, v. Schwarze N. 9. Es liegt aber dieser Ansicht eine Verwechselung zugrunde, so daß praktisch kaum eine Verschiedenheit in der Beurteilung der konkreten Fälle sich ergeben wird; denn es verlangt das Gesetz nicht, daß eine bestimmte Person, ein bestimmtes Fuhrwerk am freien Verkehr, sondern vielmehr nur, daß der „freie Verkehr“ als solcher gehindert sei (Hamburg OLG. 12. Aug. 91 G. 40 61), ganz ähnlich wie bei der Gefährdung „des Transportes auf einer Eisenbahn“ (§ 315 N. 7) nicht notwendig ein bestimmter Transport gefährdet zu sein braucht; so auch Binding aO., nach dem das Delikt zwar mindestens eine Verkehrsgefährdung, vielleicht eine Verkehrsstörung darstellt, aber „Verkehr“ nicht den konkreten Verkehr, sb. die Verkehrsmöglichkeit bezeichnen soll; annähernd auch Meves aO. Vgl. übrigens Nr. 10 N. b.

b) Was die Hdlgen selbst betrifft, so passen die gebrauchten Ausdrücke „Aufstellen, Hinlegen o. Liegenlassen“ jedenfalls nur auf bewegliche Sachen, nicht auf solche, die mit dem Grund u. Boden in feste Verbindung gebracht sind; so: RG. VI ZS. 17. Dez. 00 E. ZS. 47 328, Frank N. IX, Oppenh.-D. N. 25a; aM. das zu a zit. München OLG. E. 10 277. Dagegen kann nicht zugegeben werden, daß die Ausdrücke auf das Haltenlassen von Fuhrwerken rc. nicht bezogen werden könnten; so: München OberstesLG. das zu a zit. E. 1 281, 2. Apr. 02 E. 2 320 („Stehenlassen“ sei gleich „Liegenlassen“); aM.: Berlin 3. Dez. 74 O. 15 834, Rotering N. 9_2. Es kommt jedoch in Betracht, daß auch diese Hdlgen lediglich dann bestraft werden können, wenn sie objektiv rechtswidrig sind (Abschn. 29 N. 2_2); so: Binding Lb. 2 928, Meves N. 17, die Hdlg. rc. müsse eine „unbefugte“ sein (obgleich er in N. 16 den Eintritt „der Tatsache“ für strafbar erklärt); vgl. auch Oppenh.-D. N. 25b. Da nun die öffentlichen Straßen zum Verkehr bestimmt sind, so kann ein „Haltenlassen“ eines Wagens, wenn es den polizeilichen Vorschriften entsprechend erfolgt, den Tatbestand nicht erfüllen, wohl aber ein nicht-vorschriftsmäßiges Haltenlassen; Frank N. IX; wg. praktischer Fälle vgl.: Berlin KG. 23. Juni 87 Jahrb. 7 278, Darmstadt OLG. 28. Nov. 89 G. 38 77.

Wie übrigens im Falle der Nr. 8 durch die Wortfassung Hdlgen nicht ausgeschlossen

werden, die an dem btr. Orte selbst vorgenommen sind, so liegt im Falle der Nr. 9 ein „Aufstellen auf der Straße" auch dann vor, wenn zwar die mittelbare Unterstützung des Gegenstandes auf eigenem Grund u. Boden stattfindet, er aber, wie z. B. ein Langholz, in den Weg hineinragt; München 28. Jan. 76 St. 6 72, Berner S. 712, Binding Lb. aO. (es sei gleichgültig, wie jemand den Gegenstand in die Verkehrsbahn bringe).

c) Subjekt der Übertr. ist derjenige, der die btr. Hdlg. o. Unterlassg. vornimmt; deshalb namentl. im Falle des „Liegenlassens", wer die Wegnahme des Gegenstandes unterläßt, obgleich er die tatsächliche Verfügung über ihn hat, mag er auch nicht der Eigentümer sein u. mag er ihn auch nicht persönlich hingelegt haben; Dresden 24. Juni 76 St. 7 210, Frank N. IX.

Auch der Eigentümer des öffentl. Weges ꝛc. (§ 116 N. $2a_2$) kann aus Nr. 9 strafbar werden, da die Eigentumsrechte durch den Umstand beschränkt werden, daß der Weg ꝛc. die Eigenschaft eines öffentlichen hat; Binding Lb. 2 928, Meves N. 16. Dagegen verliert der Eigentümer einer Privatstraße durch zeitweise Freigabe einer solchen nicht ohne weiteres die Befugnis, den öffentl. Verkehr durch äußerliche Hindernisse abzusperren; Berlin KG. 17. Juni 89 Jahrb. 9 245, ähnlich Frank N. IX.

d) Zur Bestrafung kann die bloße Tatsache des Aufstellens ꝛc. eines Gegenstandes nie hinreichen (so jedoch Meves N. 16); vielmehr ist hier gleichfalls eine Schuld des Täters erforderlich, die auch, insoweit die Hdlgen als solche vorsätzliche sind, wie das „Aufstellen" u. „Hinlegen" stets, das „Liegenlassen" wenigstens unter Umständen, insofern fahrlässig begangen werden kann, als entweder die Eigenschaft des Weges als eines öffentlichen oder die eintretende Folge der Verkehrshinderung nicht erkannt wird; Binding Lb. 2 928, Rotering N. 9_1.

Zu Nr. 10.

a) Die Nr. 10 (vgl. auch o. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff., 8 ff.) enthält ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), indem für strafbar erklärt werden „Übertretungen" (hier deckt sich der technische Begriff mit dem nicht-technischen i. S. des § 145; das. N. 3) der „zur Erhaltung der Sicherheit ꝛc." (vgl. § 327 N. 3b) landesrechtlich, durch die zuständige Landes-, Bezirks- o. Ortspolizeibehörde (Dresden 23. Apr. 75 St. 6 73, Binding Lb. 2 929 u. Normen 1 163, Meves N. 20, Oppenh.-D. N. 30, Rotering N. 10) erlassenen „Polizei-Verordnungen", d. h. mit allgemein verbindlicher Kraft für den btr. Bezirk erlassener Verordnungen polizeil. Inhalts, nicht etwa individuell ergangener polizeil. Verfügungen; so: Berner S. 712, Frank N. x, Meves, Oppenh.-D., Rotering aO., Rüd.-St. N. 18; aM. Binding Lb. aO. N. 6, auch Dresden 31. Mai 75 St. 6 74, das die Nr. 10 für anwendbar erachtete bei einem „mehreren Kleiderhändlern bekannt gemachten Verbote" des sog. Anreißens. Es können deshalb den Schutz der Nr. 10 nicht genießen „Dienstvorschriften für eine amtliche Stellung", z. B. einen Chausseegeldempfänger, oder „vertragsmäßige Abkommen", z. B. der Ortspolizeibehörde btr. Straßenreinigung (Oppenh.-D. N. 31, 32), wohl aber z. B. § 117 des Straßenpolizeiregl. f. Berlin v. 7. Apr. 1867, wonach „den zur Erhaltung der Sicherheit ꝛc. auf öffentl. Straße ergehenden Anordnungen der Aufsichtsbeamten unbedingt Folge zu leisten ist"; RG. II 7. Juni 87 R. 9 379. Hier steht eben eine allgemeine PolV. in Frage, aus der der einzelne Polizeibeamte im gegebenen Falle seine Ermächtigung schöpft.

Ob nur vorsätzliches Zuwiderhandeln o. auch fahrl. strafbar ist, hängt von dem Inhalt der das Blankett ausfüllenden PolV. ab, doch wird bei der polizeil. Natur der Norm im Zweifel Fahrlässigkeit ausreichen; Binding Lb. 2 930, Frank N. x, Rotering N. 10.

b) Die Übertretung der Polverordnungen wird bestraft, sofern diese den bezeichneten Zweck verfolgen; es kommt also nicht darauf an, ob durch die Übertr. die Sicherheit ꝛc. auf den öffentlichen Verbindungswegen in der Tat gefährdet oder verletzt wurde (vgl. Nr. 1 N. e). Dabei ist nicht zu verkennen, daß von den fraglichen Gesichtspunkten aus, namentl. auch „zur Erhaltung der Bequemlichkeit", Verordnungen erlassen werden können, welche die nur für besondere Fälle gegebene Bestimmung der Nr. 9 verallgemeinern; München 1. März 73 St. 2 251; vgl. auch Rotering N. 9_2.

c) Der Übertretende („Wer . . übertritt") ist mit Strafe bedroht; deshalb ist es

unzulässig, lediglich aus Nr. 10 (ohne Anwendung der §§ 47 o. 48) etwa einen Geschäftsinhaber für Zuwiderhdlgen seiner Angestellten verantwortlich zu machen; es würde das gültigerweise auch nicht durch eine PolV. geschehen können, da sie mit den allg. Grundsätzen des StGB. (T. I Abschn. 3) über die Teilnahme in Widerspruch treten würde; so das zu a zit. Dresden St. 6 74. Auch der Eigentümer eines öffentl. Weges kann aus Nr. 10 sich strafbar machen; München OLG. 31. Mai 90 E. 6 118.

d) Die Strafandrohungen in älteren, zu dem in Nr. 10 bezeichneten Zwecke erlassenen Polizeiverordnungen sind in Wegfall gekommen und durch die des § 366 ersetzt; RG. IV 4. Feb. 98 E. 30 437, Binding Lb. 2 930.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 366a.

Wer die zum Schutze der Dünen und der Fluß- und Meeresufer, sowie der auf denselben vorhandenen Anpflanzungen und Anlagen erlassenen Polizei-Verordnungen übertritt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft bestraft.

PrStGB. (fehlt). Entw. I, II (fehlt). Entw. d. StGN. Art. II § 366a.
Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. S. 1029 f.

1) Geschützt werden durch das vorliegende sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1) landesrechtliche Normen, die in — älteren o. zukünftigen (Meves N. 5) — „Polizei-Verordnungen" (§ 366[10] N. a) enthalten sind; letztere müssen erlassen sein „zum Schutze" (§ 327 N. 3b) der natürlichen Schutzwälle, der „Dünen" (einschließlich ihres natürlichen Pflanzenwuchses; Berner S. 712 f., Binding Lb. 2 65, Meves N. 2, Rüd.-St. N. 2), der „Fluß- u. Meeresufer" und der auf diesen und jenen vorhandenen, von Menschenhand veranstalteten (Berner, Meves, Rüd.-St. aO.) „Anpflanzungen" (also nicht bloß der eingesetzten, sondern auch der durch Säen entstandenen Pflanzen) und „Anlagen", soweit sie nicht etwa schon als „Bauwerke" durch § 321 geschützt sind (so, außer Berner u. Meves, die Motive).

2) Immer handelt es sich um Delikte rein polizeilichen Charakters, nämlich um Zuwiderhdlgen gegen Anordnungen der Sicherheitspolizei (v. Liszt S. 615 f.), die keineswegs dann rechtsungültig sind, wenn sie in etwaige Privatrechte eingreifen; Berlin KG. 22. Dez. 90 Jahrb. 11 191. Deshalb wird auch das fahrlässige Zuwiderhandeln strafbar sein, es sei denn, daß die btr. PolV. ausdrücklich nur gegen vorsätzliches Tun o. Lassen sich richte (vgl. § 145 N. 3_a); ähnlich Binding Lb. 2 65 u. Rotering N. 1.

3) Wegen Strafe, Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 367.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1) wer ohne Vorwissen der Behörde einen Leichnam beerdigt oder bei Seite schafft, oder wer unbefugt einen Theil einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen wegnimmt;
2) wer den polizeilichen Anordnungen über vorzeitige Beerdigungen entgegenhandelt;
3) wer ohne polizeiliche Erlaubniß Gift oder Arzeneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt;
4) wer ohne die vorgeschriebene Erlaubniß Schießpulver oder andere explodirende Stoffe oder Feuerwerke zubereitet;
5) wer bei der Aufbewahrung oder bei der Beförderung von Giftwaaren, Schießpulver oder Feuerwerken, oder bei der Aufbewahrung, Beförde-

rung, Verausgabung oder Verwendung von Sprengstoffen oder anderen explodirenden Stoffen, oder bei Ausübung der Befugniß zur Zubereitung oder Feilhaltung dieser Gegenstände, sowie der Arzeneien die deshalb ergangenen Verordnungen nicht befolgt;

5a) wer bei Versendung oder Beförderung von leicht entzündlichen oder ätzenden Gegenständen durch die Post die deshalb ergangenen Verordnungen nicht befolgt;

6) wer Waaren, Materialien oder andere Vorräthe, welche sich leicht von selbst entzünden oder leicht Feuer fangen, an Orten oder in Behältnissen aufbewahrt, wo ihre Entzündung gefährlich werden kann, oder wer Stoffe, die nicht ohne Gefahr einer Entzündung bei einander liegen können, ohne Absonderung aufbewahrt;

7) wer verfälschte oder verdorbene Getränke oder Eßwaaren, insbesondere trichinenhaltiges Fleisch feilhält oder verkauft;

8) wer ohne polizeiliche Erlaubniß an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten Selbstgeschosse, Schlageisen oder Fußangeln legt, oder an solchen Orten mit Feuergewehr oder anderem Schießwerkzeuge schießt, oder Feuerwerkskörper abbrennt;

9) wer einem gesetzlichen Verbot zuwider Stoß-, Hieb oder Schußwaffen, welche in Stöcken oder Röhren oder in ähnlicher Weise verborgen sind, feilhält oder mit sich führt;

10) wer bei einer Schlägerei, in welche er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, oder bei einem Angriff sich einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges bedient;

11) wer ohne polizeiliche Erlaubniß gefährliche wilde Thiere hält, oder wilde oder bösartige Thiere frei umherlaufen läßt, oder in Ansehung ihrer die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln zur Verhütung von Beschädigungen unterläßt;

12) wer auf öffentlichen Straßen, Wegen oder Plätzen, auf Höfen, in Häusern und überhaupt an Orten, an welchen Menschen verkehren, Brunnen, Keller, Gruben, Oeffnungen oder Abhänge dergestalt unverdeckt oder unverwahrt läßt, daß daraus Gefahr für Andere entstehen kann;

13) wer trotz der polizeilichen Aufforderung es unterläßt, Gebäude, welche den Einsturz drohen, auszubessern oder niederzureißen;

14) wer Bauten oder Ausbesserungen von Gebäuden, Brunnen, Brücken, Schleusen oder anderen Bauwerken vornimmt, ohne die von der Polizei angeordneten oder sonst erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu treffen;

15) wer als Bauherr, Baumeister oder Bauhandwerker einen Bau oder eine Ausbesserung, wozu die polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, ohne diese Genehmigung oder mit eigenmächtiger Abweichung von dem durch die Behörde genehmigten Bauplane ausführt oder ausführen läßt;

16) wer den über das Abhalten von öffentlichen Versteigerungen und über das Verabfolgen geistiger Getränke vor und bei öffentlichen Versteigerungen erlassenen polizeilichen Anordnungen zuwiderhandelt.

In den Fällen der Nr. 7 bis 9 kann neben der Geldstrafe oder der Haft auf die Einziehung der verfälschten oder verdorbenen Getränke oder Eßwaaren, ingleichen der Selbstgeschosse, Schlageisen oder Fußangeln, sowie der verbotenen Waffen erkannt werden, ohne Unterschied, ob sie dem Verurtheilten gehören oder nicht.

Btr. Nr. 1—9, 11—15: PrStGB. §§ 137, 186, 345$^{1-4}$, 347^{5}, 345$^{5-13}$. Entw. I §§ 353$^{1-5}$, 354^{6}, 353$^{6-13}$, II §§ 166 u. 363^{1}, 363$^{2-14}$. Btr. Nr. 5a: Entw. d. ErgänzungsG. v. 13. Mai 1891 Art. VI; Aktenst. 1890/91 Nr. 36. Btr. Nr. 10: PrStGB. (fehlt); Entw. I, II (fehlt). Aktenst. Nr. 105, 114 I 3, 117 II 1, 132, 182 33. StB. S. 765 f., 667 f., 1173. Entw. d. StGN. Art. I. § 367$^{5, 8, 10}$. Aktenst. 1875/1876 Nr. 54, 177, II, 196 II 3. StB. 1875/76 S. 1007 f., 1349. f. Btr. Nr. 16: PrStGB. (fehlt); Entw. I, II (fehlt). Entw. d. WuchrerergänzungsG. v. 19. Juni 1893 Art. I § 367. Aktenst. Nr. 70, 141.

Zu Nr. 16 vgl. GewerbeO. § 148 Nr. 4a.

Zu Nr. 1.

a) Über die Bedeutung der Synonyma „Leichnam" (Satz 1) und „Leiche" (Satz 2) vgl. § 168 N. 2. Die Verschiedenheit im Ausdruck bei der wesentlich gleichen Bedeutung erklärt sich daraus, daß Nr. 1 zusammengesetzt ist aus § 186 PrStGB., der von „Leichnam", und aus § 139 das., der von „Leiche" sprach. Übrigens dient die Nr. 1 in ihren beiden Sätzen zur Ergänzung des § 168 (das. N. 3, 4 c).

b) Satz 1 bedroht mit Strafe die „Beerdigung" o. die „Beiseiteschaffung" eines Leichnams, insofern sie „ohne Vorwissen" (§ 297 N. 4) der „Behörde" (§ 114 N. 1) erfolgen, d. h. derjenigen im Einzelfall zuständigen Behörde, die von dem Todesfall amtlich Kenntnis erlangt haben muß, ehe die Beerdigung o. Fortschaffung stattfinden darf; RG. II 17. Jan. 96 E. 28 119, Binding Lb. I 186, Frank N. I 1, Oppenh.-D. N. 2/3; unrichtig versteht Rotering N. 1 unter der Behörde diejenige, welcher die Führung des Personenstdsregisters übertragen ist; vielmehr wird nach dem maßgebenden Landesrecht meist die „Ortspolizeibehörde" die zuständige sein (vgl. auch PersonenstdsG. § 60 u. unten Nr. 2 N. b); zit. RG. E. 28 119, Frank aO. Im einzelnen ist hervorzuheben:

α) „Beerdigen" ist nicht gleichbedeutend mit „begraben" (§ 168 N. 6a), weshalb der Begriff durch das „Verscharren" eines Leichnams keineswegs ausgeschlossen wird; Berlin 6. März 79 O. 20 127, Frank N. I 1. Übrigens ist „Beerdigen" i. w. S. zu nehmen, so daß es auch die Feuerbestattung umfaßt; Berner S. 714 btr. der Nr. 2.

β) Wegen „Beiseiteschaffen" vgl. § 133 N. 5; auch hier handelt es sich, wie dort, um eine bewegliche Sache, weshalb örtliche Entfernung erforderlich ist; dagegen wird auch hier so wenig wie dort eine dauernde Entledigung verlangt, so daß der Tatbestand durch den Vorbehalt einer weiteren Verfügung, z. B. einer späteren Bestattung auf einem Friedhofe, nicht ausgeschlossen ist; so: zit. RG. E. 28 119, Oppenh.-D. N. 6; aM. Rotering N. 1.

γ) Durch diesen Teil der Nr. 1 soll wesentlich der Verdunkelung von Verbrechenstatbeständen vorgebeugt werden, namentl. in den Fällen unehelicher Geburten (vgl. PrStGB. § 186$_{1}$). Deshalb handelt es sich um ein rein polizeiliches Delikt, so daß an sich auch die fahrlässige Begehung strafbar ist (Abschn. 29 N. 2$_{2}$), wie z. B. die Beerdigung bei irrtümlicher Unterstellung des Vorwissens der Behörde (Frank N. I 1, Rotering N. 1), während allerdings dem Begriffe „Beiseiteschaffen" das bewußt Unberechtigte beiwohnt (§ 133 N. 5$_{3}$).

δ) Idealkonk. (§ 73) ist denkbar mit Begünstigg. (§ 257), z. B. eines Mörders; aM. v. Schwarze GS. 24 382 u. John Fortgesetztes Verbr. (Berlin 1860) S. 103.

ε) Realkonk. (§ 74) ist denkbar mit dem Tötungsverbr. aus §§ 211 ff. und tatsächlich häufig mit dem des Kindesmordes aus § 217; so: RG. IV 7. Dez. 86 E. 15 107, Berner S. 714, Binding Hb. I 360 N. 9, Frank N. I 1, Oppenh.-D. N. 7, Bünger ZStrW. 8 674; aM. John aO. S. 102 ff. Wurde dagegen durch die tötende Hdlg. gleichzeitig der Körper beseitigt, wie z. B. beim Werfen in einen Fluß, so liegt ausschließlich ein Tötungsverbr. vor, weil nur eine lebende Person, nicht ein Leichnam Gegenstand der Hdlg. war; Berner, Frank u. Oppenh.-D. aO.

c) **Satz** 2 enthält lediglich den Tatbestand des § 168 S. 1, nur mit der Maßgabe, daß es um einen „**Teil einer Leiche**" sich handelt (vgl. das. N. 3); unmöglich kann deshalb jede Wegnahme einer ganzen Leiche, die nicht unter § 168 zu subsumieren ist (das. N. 4 b u. c), auf Grund des S. 2 und § 367[1] bestraft werden; so richtig Crusen Rechtsgut d. Pietät S. 44, 53, der zu Unrecht dem Kommentar die gegenteilige Ansicht beimißt. Hier steht demnach die **vorsätzliche** Verletzung eines Rechtsgutes in Frage, die auch das Bewußtsein der mangelnden Befugnis erfordert; Frank N. I 2, Rotering N. 1.

Zu Nr. 2.

a) Ein Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), dessen Ausfüllung zu geschehen hat durch „**polizeiliche Anordnungen**" (vgl. auch Nr. 16 und § 368[1, 2] sowie „poliz. Vorschriften" in § 361[6]). Der Begriff der polizeil. „Anordnungen" geht über den der Polizei-Strafverordnungen weit hinaus; es fallen nicht nur **alle** Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgbg. darunter, durch die das Blankett ausgefüllt wird (Berlin 6. März 79 O. 20 127), sondern es sind darunter alle — unter Beobachtung der gesetzl. Bestimmungen über die Voraussetzungen und Formen der Anordnungen — zu dem bezeichneten Zwecke erlassenen polizeilichen Verfügungen zu verstehen, wobei es gleichgültig, ob die Anordnungen der Form nach als selbständige o. als die Ausführung der Weisung einer vorgesetzten Behörde sich darstellen; so Berlin 21. Feb. 77 O. 18 146 (btr. § 368[2]), auch Berlin KG. 1. Nov. 00 Jahrb. 20 C 103 (gleichfalls btr. § 368[2]: es genügten Vorschriften, die von den Polizeibehörden innerhalb der ihnen zustehenden Machtbefugnisse erlassen und bekannt gemacht seien), weshalb man auch für den **Einzelfall** getroffene Anordnungen hierher zu rechnen hat; Frank N. II, Oppenh.-D. N. 11; vgl. „polizeil. Vorschriften" § 361[6] N. b. Da es um ein **rein polizeiliches** Delikt sich handelt, indem die Beerdigung Lebender verhütet werden soll (N. 2), so ist auch **fahrlässiges** „Entgegenhandeln" (ein an sich farbloser Ausdruck; vgl. § 145 N. 3) strafbar (Abschn. 29 N. 2_2), wenn nicht der Wortlaut der Anordnung positiv etwas anderes ergibt; Frank N. II, Rotering N. 2.

b) Die polizeil. Anordnung muß ergangen sein „**über vorzeitige Beerdigungen**" d. h. **zur** Verhütung solcher (§ 327 N. 3 b). Was unter „**vorzeitigen** Beerdigungen" zu verstehen sei, ergibt die Entstehungsgeschichte; die Vorschrift stammt aus dem PrStGB. § 345[1] (in Anlehnung woran noch Entw. I „voreilig" brauchte) bzw. aus dem Code pénal („inhumations précipitées"); daß dabei nur an solche Beerdigungen gedacht ist, die vorgenommen werden, bevor der Tod feststeht, namentl. vor einem gewissen Zeitablauf, erhellt aus den früheren Entwürfen des PrStGB., die ausdrücklich die gewöhnliche Frist von 3 Tagen aufnehmen wollten; so Berner S. 714 u. Oppenh.-D. N. 16, der mit Recht bemerkt, daß die Nr. 2 außer Anwendung bleibe, wenn eine Anordnung andere Zwecke, z. B. die Ermittelung der Todesursache, verfolge. Das ist aber der Fall beim PersonenstdsG. § 60, der zu einer Beerdigung vor Eintragung des Sterbefalles in das Sterberegister die Genehmigung der Ortspolizeibehörde erfordert; aM.: München 23. Sept. 76 St. 7 225, Berlin 6. März 79 O. 20 127, Oppenh.-D. N. 11, die das dort gegebene Verbot durch Nr. 2 geschützt erachten. Die Zuwiderhdlg. gegen den zit. § 60 wird vielmehr meist unter Nr. 1 fallen (vgl. das. N. b); Rotering N. 1.

Bestraft wird der Entgegenhandelnde („Wer"); danach läßt nur nach dem Inhalte der Anordnung sich bestimmen, wer Subjekt der Übertr. sein könne; es ist deshalb nicht unbedingt derjenige, der die zu einer Beerdigung erforderliche körperliche Tätigkeit angewendet hat; Frank N. II; vgl. auch das zit. Berlin O. 20 127. Insbs. kann das „Entgegenhandeln" gegen die zu jenem Zwecke erlassene Anordnung schon stattfinden, bevor die Beerdigung selbst vorgenommen wird.

Zu Nr. 3.

a) Nr. 3 enthält eine Strafbestimmung zur Sicherung der leiblichen Wohlfahrt des Volkes; es handelt sich deshalb um ein **reines Polizeidelikt**; daher ist (Abschn. 29 N. 2_2), obschon die einzelnen bedrohten Hdlgen, das Zubereiten 2c., an sich vorsätzliche sind, auch die **fahrlässige** Übertr., die z. B. denkbar bei einem Irrtum über die chemischen Bestandteile des Stoffes, für strafbar zu erachten; so: RG. I 4. Feb. 84 R. 9 298, II 3. Nov. 91

E. 22 197, München OberstesLG. 26. Apr. 04 E. 4 322, Frank R. III, Oppenh.-D. R. 24, Rotering R. 3_{2-4}; abweichend Binding Lb. 2 72, der Täter müsse wissen, daß er Gift rc. bereite.

b) Die Strafvorschrift richtet sich gegen gewisse, mit „Gift oder Arzeneien" vorgenommene Hdlgen.

α) „Gift", auch hier, wie im § 229 (das. R. 3), i. S. des gem. Lebens zu verstehen, bezeichnet „einen Stoff, der in kleiner Dosis durch seine chemische Beschaffenheit die Gesundheit bzw. das Leben zu zerstören geeignet ist".

β) Unter „Arzeneien" sind nach der ergänzenden Bestimmung, die der Begriff durch die auf Grund der GewerbeO. § 6_2 erlassene V. btr. den Verkehr mit Arzeneimitteln v. 22. Okt. 1901 (vgl. dazu Kronecker DJZ. 7 188) erfahren hat, nicht nur gewisse in der medizinischen Wissenschaft anerkannte Heilmittel zu verstehen, sondern auch die in dem Verzeichnisse A. zu jener V. aufgeführten „Zubereitungen, ohne Unterschied, ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht"; Berner S. 714, Oppenh.-D. R. 20, Rotering R. 3_1; vgl. im übrigen R. c 3.

c) Die fr. Hdlgen sind nur strafbar, soweit „der Handel mit Gift o. Arzeneien nicht freigegeben ist", d. h. also der gewerbsmäßige Vertrieb, das gewerbsmäßige „Feilhalten u. Verkaufen" (vgl. § 1_1 der V. v. 22. Okt. 1901).

α) Der „Handel mit Giften" ist durch GewerbeO. § 1 grundsätzlich freigegeben, dagegen sind einerseits durch § 56⁹ das. „Gifte u. gifthaltige Waren" (wie auch „Arzenei- u. Geheimmittel sowie Bruchbänder") vom „Ankauf o. Feilbieten im Umherziehen" ausgeschlossen, andererseits ist durch § 34_3 das. der Landesgesetzgebung überlassen, „zum Handel mit Giften eine besondere Genehmigung zu erfordern". Hiernach kann der Handel mit Giften nicht mehr bedingungslos untersagt werden; Rotering R. 3_6. Ältere bezügliche landesgesetzliche Verbote sind daher beseitigt, auch insofern sie den Gifthandel auf gewisse Klassen von Gewerbetreibenden beschränken, für andere Personen also ausschließen; Berlin OAG. 21. Feb. 74 St. 4 71. Wohl aber sind solche ältere Landesgesetze, die, wie z. B. die PrGewerbeO. v. 22. Juni 1861 § 49, den Gifthandel von einer derartigen Genehmigung abhängig machen, in Kraft geblieben.

β) Bezüglich des „Handels mit Arzeneien" (darüber, ob nur mit solchen für Menschen s. u. 2) kommt, außer dem zu α zit. § 56⁹ der GewerbeO. § 6_2 in Betracht, wonach die Bestimmung, welche „Apothekerwaren" dem freien Verkehr zu überlassen sind, durch Kais. V. erfolgen soll. Dies ist indirekt geschehen ursprünglich durch V. v. 25. März 1872, dann durch V. v. 4. Jan. 1875 (nebst Ergänzungen), ferner durch V. v. 27. Jan. 1890 (nebst Ergänzungen v. 31. Dez. 1894 u. v. 25. Nov. 1895), endlich durch V. v. 22. Okt. 1901 insofern, als diese in den §§ 1 u. 2 bestimmt, inwieweit „das Feilhalten und der Verkauf von Arzeneimitteln" nur „in Apotheken" erfolgen darf, also i. S. des § 367³ „nicht freigegeben ist", ferner aber im § 4 den Kanzler ermächtigt, weitere Zubereitungen rc. von dem Feilhalten u. Verkaufen außerhalb der Apotheken auszuschließen (vgl. Bek. v. 1. Okt. 03; RGBl. 281). Umgekehrt ergibt sich aus dem Inhalte jener V. v. 22. Okt. 1901, daß freigegeben ist:

1. nach § 3 das. der „Großhandel" mit Arzeneimitteln unbedingt (wann ein solcher vorliegt, ist nur nach den gesamten einschlagenden Verhältnissen des Einzelfalles zu entscheiden — Dresden OLG. 28. Jan. 92 SächsA. 13 308; vgl. namentlich auch München OberstesLG. 2. Sept. 03 E. 4 29 —, doch ist ein Großhandel jedenfalls zu verneinen, wenn das im großen Eingekaufte im kleinen verkauft wird; Berlin KG. 5. Mai 84 Jahrb. 5 39), ferner „der Verkauf der im Verzeichnisse B. aufgeführten Gegenstände an Apotheken o. an solche Staatsanstalten, welche Untersuchungs- o. Lehrzwecken dienen und nicht gleichzeitig Heilanstalten sind";

2. das Feilhalten u. der Verkauf (also jedenfalls auch der Handel) der im Verzeichnisse A. aufgeführten Zubereitungen, soweit diese nicht als „Heilmittel", sondern in anderer Beziehung in Frage kommen, also namentl. als Genußmittel (hier greift jedoch das NahrungsmittelG. Platz); RG. II 3. Nov. 91 E. 22 197, Berner S. 715, Binding Lb.

2 72, Rotering N. 3_7. Ob als „Heilmittel“ nur solche für Menschen oder auch solche für Tiere zu verstehen sind, ist nicht gesagt; nur insofern dies zweifelhaft sein konnte, hatte die Streitfrage, ob unter „Arzeneien“ i. S. der Nr. 3 nur solche für Menschen zu verstehen seien, ein praktisches Interesse. Die neueste V. v. 22. Okt. 01 erläutert aber, im Gegensatz zu den älteren V., den Begriff „Heilmittel“ ausdrücklich als: „Mittel zur Beseitigung o. Linderung von Krankheiten bei Menschen o. Tieren“. Dadurch ist die frühere Streitfrage beseitigt;

3. das Feilhalten und der Verkauf von Arzeneien (N. b β), insoweit sie weder dargeboten werden in einer derjenigen Erscheinungsformen, die das Verzeichnis A. bezeichnet (RG. I 15. Dez. 81, 28. Nov. 87, E. 5 416, 16 359, Berlin KG. 6. Jan. 81 Jahrb. 2 216), noch zu den im Verzeichnisse B. aufgeführten Drogen u. chemischen Präparaten gehören. Sonach kann ein nach jener V. neu entdecktes chemisches Präparat von jedem als Heilmittel in den Handel gebracht werden, wenn es nur nicht in einer der im Verzeichnisse A. bezeichneten Formen erscheint.

d) Subjekt der Übertr. kann ausweislich des Wörtchens „Wer“ ein jeder sein, namentl. auch ein Arzt, der zum Selbstdispensieren zwar befähigt, aber nicht befugt ist; München 18. Aug. 78 St. 8 329; ferner auch ein Handlungsgehilfe in einem Geschäfte, wenn dieser auch zivilrechtl. nur Mittelsperson ist; RG. I 8. Apr. 95 E. 27 167.

e) Die fr. Hdlgen sind strafbar, sofern sie vorgenommen werden „ohne polizeiliche Erlaubnis“, d. h. sie sind regelmäßig verboten und die Rechtswidrigkeit wird nur durch die von der zuständigen Polizeibehörde erteilte Erlaubnis aufgehoben; Rotering N. 3_1, auch Meves btr. Nr. 8 das. N. 9. Daß die poliz. Erl. eine „besondere“ sein müsse, ist hier abweichend vom § 360_1 (das. N. e) nicht gesagt; sie kann deshalb auch allgemein (vgl. f α) erteilt sein. Soweit aber „das Feilhalten u. der Verkauf von Arzeneimitteln“ nur in Apotheken erfolgen darf (c β), kann die poliz. Genehmigung lediglich durch die Erteilung der Apothekenkonzession erfolgen; so Frank N. III 1 Abs. 2 u. ihm sich anschließend Jena OLG. 12. Dez. 99 ThürBl. 47 119.

f) Im einzelnen ist betreffs der in Betracht kommenden Hdlgen hervorzuheben:

α) Auch die bloße „Zubereitung“ von Gift &c. (vgl. Nr. 4) ist strafbar, soweit nicht der „Handel“ mit Giften &c. freigegeben ist, obgleich die „Zubereitung“ an sich nicht zum „Handel“ gehört (N. c); demnach ist insbs. das „Zubereiten“ (sog. Dispensieren) strafbar, soweit das „Feilhalten“ u. der „Verkauf“ des Zubereiteten nach der Kais. V. v. 22. Okt. 01 nur in Apotheken stattfinden darf. Da diese aber nur das Feilhalten u. Verkaufen verbietet, so kann das „Zubereiten“ polizeilich gestattet u. somit straflos sein. Ältere bezügliche Landesgesetze sind in Geltung geblieben, so die PrKabO. v. 11. Juli 1843 (bzw. 13. Mai 1867) über die Befugnis der approbierten Medizinalpersonen zum Selbstdispensieren der nach homöopathischen Grundsätzen bereiteten Heilmittel; diese Befugnis ist nicht etwa infolge der Aufhebungen der Beschränkungen in der Ausübung des ärztlichen Gewerbes durch die GewerbeO. verallgemeinert u. ist deshalb in Pr. einem Nicht-Arzte das Dispensieren nicht erlaubt; Berlin 19. Apr. 72 O. 13 269, Frank N. III 2.

β) Wegen „Feilhalten“ vgl. § 184^1 N. 5, und wegen des mit „Inverkehrbringen“ gleichbedeutenden „an andere Überlassen“ § 184^2 N. 10_2. Von einem „Überlassen“ kann dann keine Rede sein, wenn die vom Täter bei anderen angewandten Arzeneien (wie Lösungen u. Salben) durch die Anwendung verbraucht werden, wohl aber, falls sie auch nach der Verwendung ihre sachl. Selbständigkeit behalten; RG. I 16. Juni 00 E. 33 305. Im übrigen wird, wie in § 363_2 (das. N. 12 b), zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Überlassung nicht unterschieden; RG. I 13. Dez. 80 E. 3 119 (gelegentlich), Berlin 8. Okt. 75 St. 6 84. Nur seiner praktischen Bedeutung wegen wird der „Verkauf“ als eine Art des Überlassens an andere besonders erwähnt. Mit Recht hat Berlin KG. 5. Mai 84 Jahrb. 5 39 das Vorliegen dieses Tatbestandes in irgendeiner seiner Modalitäten für den Fall verneint, wenn ein Verein (eine Gesellschaft) Arzeneimittel anschafft und diese, im gemeinschaftlichen Eigentum der Mitglieder stehend, unter sie verteilt; insbs. liegt auch kein „Überlassen an andere“ vor, da die Mitglieder i. S. des Gesetzes keine „anderen“ sind;

Berlin KG. 10. Nov. 98 G. **46** 356, Jena OLG. 12. Dez. 99 ThürBl. **47** 119; vgl. jedoch dagegen mit eingehender Begründung Celle OLG. 29. Mai 99 G. **49** 331.

Entgegen den Vorschriften der GewerbeO. bzw. der auf Grund ihrer erlassenen V. v. 22. Okt. 01 kann polizeilich der Handel mit Giften ꝛc. nicht erlaubt werden, also namentl. nicht der Hausierhandel mit solchen, aber auch nicht der Verkauf o. das Feilhalten mit den in den Verzeichnissen A. u. B. bezeichneten Heilmitteln.

g) Bezüglich des Verhältnisses zu anderen Strafbestimmungen ist hervorzuheben:

α) Da das „Feilhalten" ꝛc. aus Nr. 3 auch bestraft wird, sofern es nicht gewerbsmäßig geschieht (Berner S. 715) und sofern auch das bloße „Zubereiten" für strafbar erklärt ist, enthält Nr. 3 eine Erweiterung der Strafbestimmung der GewerbeO. § 147^{1}; Berlin OAG. 21. Feb. 74 St. **4** 71. Bei stattfindender Idealkonk. (§ 73; das. N. 26_{2}) kommt die Strafandrohung der Nr. 3 als die schwerere zur Anwendung (Meves § 367^{5} N. 2 A. 2a); denn es läßt Nr. 3 die Haftstrafe unbedingt zu, die GewerbeO. § 147^{2} solche aber nur für den Unvermögensfall, mag auch hier eine Geldstrafe bis 300, dort nur bis 150 M. angedroht sein.

β) Idealkonk. (§ 73) ist ferner denkbar mit den Vergehen aus NahrungsmittelG. §§ 12^{1}, 14; RG. III 13. Juli 81 E. **4** 393, Oppenh.-O. N. 26a.

γ) Durch Nr. 3 sind überhaupt nicht berührt die gegen die Ankündigung (Anpreisung) sog. Geheimmittel erlassenen landesrechtlichen Strafvorschriften; denn das StGB. befaßt sich mit der Materie der medizinal-polizl. Vorschriften über das Apothekerwesen überhaupt nicht, sondern regelt nur in der — durch die Kais. V. v. 22. Okt. 01 ergänzten — Nr. 3 einen vereinzelten Punkt (EG. § 2 N. 4b); so die GM., insbs. RG. I 25. Mai 82 E. **6** 329. Dagegen haben, als der Nr. 3 entgegenstehend, nicht mehr Geltung die landesrechtl. Strafbestimmungen gegen den Verkauf von Geheimmitteln in einer der Form nach nicht freigegebenen Zubereitung; RG. I 28. Nov. 87 E. **16** 359 (insbs. btr. der früher — vgl. jetzt PrG. v. 8. Juni 1896 — in der PrRheinprovinz geltenden Bestimmungen der Franz. Gesetzgbg.), III 13. Feb. 93 E. **23** 428, Berlin KG. 16. Dez. 01 Jahrb. **23** C 56.

Zu Nr. 4.

a) Aus einem rein polizeilichen Gesichtspunkte wird die „Zubereitung" (Nr. 3 N. fα) von „explodierenden Stoffen" (§ 296 N. 7cβ) — dazu gehören nicht nur das ausdrücklich hervorgehobene „Schießpulver", sondern auch die daneben gestellten „Feuerwerke" — für strafbar erklärt; nur das Vorliegen der „vorgeschriebenen", d. h. von der zuständigen, Behörde erteilten, „Erlaubnis" (§ 360^{3} N. cα) macht die an sich strafbare Hdlg. zu einer straflosen (Nr. 3 N. e). Eine „besondere" Erlaubnis, wie im Falle des § 360^{1}, die noch der Entw. I vorschlug, wird nicht verlangt, sondern nur die „vorgeschriebene"; da nun die gewerbsmäßige Zubereitung nach Erlaß der GewerbeO. nur reichsgesetzlich beschränkt werden kann, was bis jetzt nicht geschehen ist (§ 16 ders. schreibt „zur Errichtung von Schießpulverfabriken, Anlagen zur Feuerwerkerei u. zur Bereitung von Zündstoffen aller Art" das Erfordernis einer „besonderen Genehmigung" vor), so findet Nr. 4 h. z. T. nur Anwendung bei nicht gewerbsm. Zubereitung explodierender Stoffe; Binding Lb. **2** 29. Die Strafbestimmung der GewerbeO. § 147^{2} dagegen ist unberührt geblieben, da sie einen anderen Tatbestand voraussetzt; Frank N. IV, Rüd.-St. N. 12, Rotering N. 4_{1}.

b) Zu den „explodierenden Stoffen" gehören an sich auch die, in Nr. 5 besonders hervorgehobenen „Sprengstoffe"; auf deren „Herstellung", d. h. Zubereitung, soweit sie nicht zu den „vorzugsweise zum Schießen gebrauchten" u. als solche in der Bekanntmachung des BRates v. 29. Apr. 03 (RGBl. 211) bezeichneten gehören, finden die Sondervorschriften des SprengstoffG., insbs. § 9_{1}, Anwendung.

c) Bei der rein polizeil. Natur des Deliktes ist auch die nur fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar (Abschn. 29 N. 2_{2}), die denkbar ist, insofern das Vorliegen der „vorgeschriebenen Erlaubnis" irrtümlich angenommen wird; Binding Lb. **2** 29, Frank N. IV.

Zu Nr. 5.

a) Die Nr. 5 enthält ein Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), indem mit Strafe bedroht wird die „Nichtbefolgung" (§ 145 N. 3) gewisser „Verordnungen", d. h. allge-

meiner — wenn auch auf einen bestimmten Personenkreis beschränkter (vgl. Berlin KG. 19. Apr. 94 Jahrb. 15 342) — Vorschriften, die, soweit sie nicht in Gesetzesform ergangen sind, vom Staatsoberhaupt o. einer zuständigen Behörde o. einem zuständigen Beamten erlassen sind, im Gegensatz zu den nur für einen Einzelfall getroffenen Verfügungen, also nicht notwendig Polizei-Verordnungen; Berlin KG. 24. Sept. 00 Jahrb. 20 C 122 (auf die Bezeichnung der „Verordnungen" aber, ob als Vorschriften, Reglements ꝛc., komme nichts an; sowohl das öffentl. Recht des Reichs, als des Pr. Staatsr. kenne derartige „Verordnungen", die nicht Polizeiverordnungen seien). Daß die „Verordnungen" nur „Gebote" enthalten dürften (Alboffer Unterlassungsdel. S. 132), nicht auch „Verbote", ist nicht gesagt u. deshalb unrichtig; Meves N. 6, Rotering N. 5. Jedenfalls handelt es sich um Verordnungen sicherheitspolizeil. Inhalts, so daß auch — wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich erhellt — deren fahrlässige Übertr. strafbar ist (Abschn. 29 N. 2₂); Berlin KG. 20. Mai 95 Jahrb. 17 325, Frank N. v, Rotering N. 5; eine Verschuldung ist aber auch hier zur Bestrafung erforderlich; vgl. dagegen Meves N. 7.

b) Im einzelnen müssen die „Verordnungen" betreffen:

α. die „Aufbewahrung o. Beförderung" von „Schießpulver u. Feuerwerken" (Nr. 4 N. a), aber auch von „Giftwaren"; der allgemeine Begriff von „Gift" (Nr. 3 N. bα) findet an sich auch hier Anwendung, doch nur soweit die maßgebenden Verordnungen bzw. die von ihnen ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten Landesgesetze nicht den Begriff anders bestimmen; so Binding Lb. 2 30; abweichend Meves N. 2 u. Oppenh.-D. N. 33, insofern sie den allg. Begriff überhaupt nicht für anwendbar erachten. Soweit es um die „Beförderung" derartiger Gegenstände sich handelt, ist auch die Zuwiderhdlg. gegen die in den §§ 50, 51 der Eisenbahn-VerkehrsO. v. 26. Okt. 1899 betreffs der von der Beförderung ausgeschlossenen o. nur bedingungsweise zugelassenen Gegenstände gegebenen Vorschriften mit Strafe bedroht, derartig daß der zuwiderhandelnde Versender auch strafrechtlich haftet (so bezüglich des früheren Regl. v. 10. Juni 1870: Berlin 11. Jan. 72 O. 13 25); vgl. übrigens auch EisenbahnB.- u. BO. v. 4. Nov. 1904 § 82₂, der die Befolgung des § 29 der Eisenbahn-VerkehrsO. durch eine Strafandrohung sichert;

β. dieselben Hdlgen sowie „Verausgabung o. Verwendung" von „explodierenden Stoffen" (Nr. 4 N. a), insbs. „Sprengstoffen"; hier greifen jedoch jetzt die besonderen Vorschriften des SprengstoffG. Platz (Nr. 4 N. b); RG. IV 29. Nov. 87 R. 9 681, Berner S. 715, Binding Lb. aO., Scheiff DynamitG. S. 27 f.;

γ. die — hier im Gegensatz zu den Nr. 3 u. 4 an sich befugte — „Ausübung der Zubereitung o. Feilhaltung" (Nr. 3 N. f) dieser Gegenstände sowie der „Arzeneien" (Nr. 3 N. bβ).

Zu Nr. 5a.

a) Diese Nr. ist eingeschaltet auf Grund des G. v. 13. Mai 1891 (s. o. S. 6). Die Strafbestimmung sichert die Durchführung der §§ 5 f. der PostO. v. 20. März 1900 bzw. der entsprechenden Bestimmungen der Bayer. u. Württemb. PostOO.; die Strafvorschriften der Nr. 5 u. 6 dieses §. reichten dazu nicht aus, weil häufig „leicht entzündliche o. ätzende" Gegenstände nicht gleichzeitig in die Gruppe der Sprengstoffe bzw. der explodierenden Stoffe gehören.

Zu Nr. 6.

a) Die Nr. 6 enthält einen Mischtatbestand; in beiden Fällen handelt es sich um die „Aufbewahrung" feuergefährlicher Gegenstände, d. h. um die Lagerung solcher Gegenstände bis zu der Zeit, wo sie ihre bestimmungsmäßige Verwendung finden sollen, im Gegensatze zur zeitweiligen Niederlegung bereits in der Verwendung begriffener Gegenstände, z. B. behufs schnelleren Trocknens; RG. IV 29. März 92 E. 22 435. Im ersteren Falle wird vorausgesetzt, es sei die Aufbewahrung so geschehen, daß „ihre Entzündung gefährlich werden kann"; es muß also die Möglichkeit einer Gefährdung vorgelegen haben (vgl. § 366⁸ N. a), während ein Mehr nicht erfordert wird; so RG. II 4. Mai 97 E. 30 108; aM Rotering N. 6₁, der auch hier eine konkrete Gefährdung fordert. Dagegen muß im zweiten Falle die Aufbewahrung so geschehen sein, daß die konkrete Gefahr der

gegenseitigen Entzündung gegeben ist; Binding Lb. 229, Rotering N. 6_1. Auch in diesem Falle ist nicht die Gefährdung fremden Eigentums zum Tatbestandsmerkmal gemacht, und es erscheint, da das Gesetz ganz bestimmt spricht, unzulässig, dieses Merkmal zu ergänzen; so Binding aO. N. 2; aM. Rotering N. 6_2, weil die Gefährdung von Rechtsgütern gestattet sei, wo die Verletzung derselben nicht strafbar. Allein so richtig dieser Satz ist, so wird man aus dem Gesetze doch nur folgern dürfen, daß es auch im Falle des zweiten Mischtatbestandes nicht um ein Gefährdungsdelikt, sondern, wie im ersten, um ein reines Polizeidelikt sich handele. Allgemeiner Regel gemäß (Abschn. 29 N. 2_2) ist deshalb auch fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar; RG. III 15. Nov. 00 E. **47** 445, Binding Lb. aO. 29, Frank N. VII.

b) Der erste Mischtatbestand insbs. erfordert ein Aufbewahren (a) von „Vorräten", d. h. hier, abweichend vom § 308 (das. N. 3f), eine jede Menge, die eine Selbstentzündung möglich macht (Frank N. VII, Oppenh.-O. N. 39, v. Schwarze N. 6, Sontag G. **19** 292), solcher Gegenstände, insbs. „Waren" u. „Materialien", die entweder „sich leicht von selbst entzünden" o. „leicht Feuer fangen". Wenn die Aufbewahrung solcher Vorräte „an Orten oder in Behältnissen" verboten wird, wo „ihre Entzündung gefährlich werden kann", so ist damit, unter notwendiger Einschränkung des Wortlautes des Gesetzes, nach dessen Sinne in verschränkter Form zum Ausdruck gebracht, daß die Aufbewahrung von Vorräten der bezeichneten Art an Orten o. in Behältnissen verboten sei, wo ihre Entzündung leicht eintreten, und wo sie, falls sie eintritt, gefährlich werden kann, d. h. möglicherweise (a) Personen oder Sachen der Gefahr der Vernichtung, Zerstörung o. wenigstens der Beschädigung aussetzt; zit. RG. E. **30** 108; vgl. dagegen Frank N. VII_2. Unter der hervorgehobenen Voraussetzung sind der Natur der Sache nach bei „leicht von selbst entzündlichen" Gegenständen solche Aufbewahrungsorte ꝛc., die dem Umsichgreifen eines Brandes förderlich sind, stets als unter Nr. 6 fallend anzusehen, während bei „leicht feuerfangenden" Gegenständen — denen diese Eigenschaft durch Aufbewahrung in geschlossenen Behältern nicht genommen wird (zit. RG. E. **30** 108; vgl. jedoch Binding Lb. **2** 28 N. 6) — dagegen das weitere tatsächliche Moment hinzutreten muß, daß an dem Aufbewahrungsorte von Feuer o. Licht ein derartiger Gebrauch gemacht wird, oder ein solcher Verkehr mit etwaigen Zündstoffen stattfindet, wodurch wenigstens die Möglichkeit des Feuerfangens solcher Stoffe gegeben ist; München 7. Apr. 73 St. **2** 301.

Zu Nr. 7.

a) Wegen „Feilhaltens o. Verkaufens" vgl. §§ 184 N. 5, 7a, 324 N. 5; ein „versuchter Verkauf" kann den Tatbestand nur dann erfüllen, wenn er der Ausfluß eines Feilhaltens ist.

b) Der Ausdruck „Getränke oder Eßwaren" ist enger als der im § 370[5] (das. N. c) sowie im NahrungsmittelG. §§ 10 ff. gebrauchte „Nahrungs- o. Genußmittel", der im letzteren Gesetze ausdrücklich als der weitere gewählt wurde; unter jenen sind namentl. Zigarren u. Tabacke nicht zu verstehen; Binding Lb. **2** 73.

c) Die „Getränke o. Eßwaren" müssen „verfälscht" o. „verdorben" sein und zwar zur Zeit des Feilhaltens o. Verkaufes, so daß einerseits ein etwa später eintretendes Verderben nicht in Betracht kommt, mag es auch durch Momente bedingt sein, die schon beim Verkaufe ꝛc. vorlagen (so RG. III 28. Sept 85 E. **12** 407, btr. NahrungsmittelG. § 10[2] bezüglich eingesalzenen, nicht gehörig ausgebluteten, Fleisches, das infolge des zu großen Blutgehaltes leichter als normales in Fäulnis übergehen kann), andererseits eine Beseitigung des verdorbenen Zustandes vor dem Genusse nicht ins Gewicht fällt (RG. II 9. Mai 82 E. **6** 268). Ob ein Getränk ꝛc. „verfälscht o. verdorben" sei, unterliegt wesentlich tatsächlicher Beurteilung (RG. II 26. Mai 82 R. **4** 519), es kommen aber auch rechtliche Gesichtspunkte in Betracht (N. d, e).

d) „Verfälscht" ist, dem allg. Begriffe entsprechend (§ 267 N. 25), ein Getränk ꝛc. alsdann, wenn es — durch einen an ihm selbst vorgenommenen Akt (RG. III 14. Juli, II 2. Dez. 81, E. **4** 434, **5** 178 btr. NahrungsmittelG.) — unter Wahrung des Scheines seiner bisherigen Beschaffenheit verschlechtert oder mit dem Scheine einer besseren

Beschaffenheit versehen wird; RG. zit. E. 5 178, II 26. Mai 82 R. 4 519. Sowohl das eine wie das andere wird häufig durch Zusatz eines Stoffes geschehen (der übrigens nicht anderer Art zu sein braucht; RG. I 1. Okt. 85 E. 12 400, btr. Verfälschung von Bier durch Zusatz von Neigenbier), es kann aber auch erfolgen durch Entziehen von Stoffen oder durch beide Maßnahmen zusammen (vgl. zit. RG. E. 4 434). In dem zweiten Falle braucht aber die zur Verfälschung begrifflich erforderliche Veränderung nicht einmal notwendig die stoffliche Zusammensetzung der Sache zu betreffen, wenigstens letztere nur an ihrer Oberfläche zu berühren, so falls nicht mehr frischem Fleische durch künstliche Mittel das Aussehen des frisch geschlachteten oder Fischen durch Bestreichen der Kiemen mit einer roten Farbe ein besseres äußeres Ansehen gegeben wird; zit. RG. E. 5 178. In der Praxis ist Verfälschung z. B. bejaht von München 26. Jan., 10. Feb. 77, St. 7 216 f. bei Versetzung von Wein mit einer größeren Quantität Wasser o. Sprit bzw. bei Vermischung von Schmalz mit Schweinefett, dagegen verneint von München 14. Jan. 76 St. 6 85 bei Zusatz von Kuhmilch zu Ziegenmolken, während das zit. RG. R. 4 519 durch den vielleicht unrichtigen tatsächlichen Grund des Vorderrichters, daß nicht festgestellt sei, „die Qualität des Himbeerlikörs werde von dem Gehalte an Fruchtsaft bestimmt", die Nichtanwendbarkeit der Nr. 7 für gegeben erachtete; auch verneinte Berlin KG. 16. Jan. 02 Jahrb. 23 C 115, daß Mehlzusatz zu Wurst unter allen Umständen Verfälschung sei, vielmehr liege eine Ausnahme vor, falls die Wurst einem bes. örtl. Gebrauch entsprechend hergestellt werde, um an ein mit diesem Gebrauch vertrautes Publikum unter Mitteilung über den Zusatz zu einem geringeren Preise abgegeben zu werden. Vgl. im übrigen das Register z. d. Entsch. des RG. unter „Nahrungsmittelverkehr", insbs. „Nachmachen u. Verfälschen".

e) Für den Begriff des „Verdorbenseins" ist es von Bedeutung, daß unter den „verdorbenen" Eßwaren „trichinenhaltiges Fleisch" besonders erwähnt wird; hiernach bezeichnet das Gesetz als „verdorben" nicht bloß Gegenstände, die ursprünglich normal hergestellt waren, demnächst aber durch natürliche Vorgänge die ursprüngliche Güte verloren haben, sondern auch solche, die bereits in ihrem Entwickelungsstadium und vor ihrer fertigen Herstellung nachteilige Veränderungen erlitten haben, die auf den fertigen Gegenstand sich übertragen und dessen beeinträchtigte o aufgehobene Gebrauchsfähigkeit bestimmen; vgl. RG. II 3. Jan. 82 E. 5 287. Es fragt sich aber, ob in der Tat eine „Veränderung" des ursprünglich vorhanden gewesenen o. des normalen Zustandes (über die Bestimmung des Begriffs des Normalen vgl. zit. E. 5 287 sowie IV 5. Feb. 95 E. 26 419) des Nahrungsmittels zum schlechten stattgefunden haben müsse, wie auch RG. III 5. Okt. 83 E. 5 290 (hervorgerufen durch natürliche Vorgänge, wie z. B. bei finnenhaltigem Fleisch) u. IV 27 Mai 87 R. 9 355 (hervorgerufen durch eine vorsätzl. menschl. Hdlg., wie Lufteinblasen in Fleisch) annehmen. Richtiger erscheint es vielmehr, ein Verdorbensein auch da zu bejahen, wo der natürliche Entwickelungsprozeß zum normalen Produkt gehemmt ist; so auch das zit RG. E. 5 287 (btr. NahrungsmittelG.) bezüglich der ungeborenen Kälber. Keinesfalls erfordert hiernach der Begriff des Verdorbenseins eine völlige Ungenießbarkeit; denn er wird nicht lediglich auf den denkbar höchsten Grad der Abweichung vom Normalen angewendet, sondern auch da, wo die Möglichkeit eines Genusses bestehen bleibt, wie z. B. bei trichinenhaltigem o. durch Hineinblasen aufgetriebenem Fleisch; zitt. RG. E. 5 290, R. 9 355. Ebensowenig wird für den Begriff eine der Gesundheit „gefährliche" o. gar eine die Gesundheit „zerstörende" Beschaffenheit erfordert (NahrungsmittelG. §§ 12, 13); zit. RG. R. 9 355, Hälschner 2 664, Rüd.-St. R. 18. Es genügt vielmehr, daß das Nahrungsmittel infolge der mit ihm vorgegangenen Veränderung bzw. der Beeinträchtigung seiner Entwickelung zum Genusse ungeeignet wird, was namentl. der Fall ist, wenn es nicht bloß bei einer einzelnen Person nach deren individuellem Geschmack, sondern nach der gem. Anschauung der Bevölkerungsklasse, welcher der Kauflustige angehört, Ekel erregt; so insbs. die zitt. RG. E. 5 290, R. 9 355. Allein entscheidend ist freilich nicht, ob die Waren nach allg. Ansicht zum Genusse von Menschen ungeeignet sind, vielmehr muß immer der oben charakterisierte objektive Umstand gleichfalls vorliegen, so z. B. wenn nicht hinreichend ausgeblutetes Fleisch nachgewiesenermaßen den Ekel des Publikums erregt; RG. III 28. Sept.

85 E. 12 407. Vgl. übrigens das Register zu den Entsch. des RG. unter „Nahrungsmittelverkehr", insbs. „Verdorbene Nahrungsmittel".

f) Das „Feilhalten ꝛc." der näher bezeichneten Waren fällt nur unter Nr. 7, wenn sie „als solche" bzw. als „Genuß- o. Nahrungsmittel" feilgehalten werden; deshalb ist z. B. der Verkauf „trichinenhaltigen Fleisches" zwecks Mikroskopierens nicht strafbar; Binding Lb. 2 73, Frank N. VIII.

Dagegen ist für den Tatbestand des Gesetzes gleichgültig, ob der Käufer von der Verfälschung ꝛc. der Waren Kenntnis hatte o. nicht; es folgt dies daraus unbedingt, daß schon das bloße Feilhalten mit Strafe bedroht ist, also die strafb. Hdlg. bereits zu einer Zeit vollendet ist, wo noch gar nicht feststeht, ob überhaupt ein Verkauf statthaben wird; München 6. Jan. 74, Berlin 5. Juli 76, 21. Feb. 78, St. 4 72, 5 383, 8 331. Daß „mit Verschweigung der Eigenschaft", d. h. mit Täuschungsabsicht, feilgehalten ꝛc. worden sei, ist nicht, wie im § 324 bzw. im NahrungsmittelG. § 10², erforderlich; das N. d zit. Berlin KG. Jahrb. 23 C 115 (118), Hälschner 2 664, Frank N. VIII.

g) Aus alledem ergibt sich der **rein polizeiliche** Charakter der Strafvorschrift Folgeweise (Abschn. 29 N. 2_2) genügt in subjektiver Hinsicht auch bloße **Fahrlässigkeit**; so die GM., insbs. RG. IV 20. Mai 90 E. 38 191 (vgl. auch die N. h β zitt. Entsch.). Dagegen ist die Nr. 7 unanwendbar, wenn überhaupt keine **Schuld** vorliegt; RG. I 27. März 82 E. 6 121, zit. E. 38 191, Berlin KG. 22. Dez. 84 Jahrb. 5 404.

h) Betreffs des **Verhältnisses** zu anderen strafb. Hdlgen ist hervorzuheben:

α) Betrug (§ 263) kann mit der Übertr. aus Nr. 7 in Idealkonk. (§ 73) treten, da letztere ein bloßes Polizeidelikt ist; dagegen scheint München 27. Juli 77 St. 8 217 gegebenenfalls § 263 ausschließlich anzuwenden.

β) Durch das NahrungsmittelG. § 10² bzw. § 11 ist Nr. 7 nicht aufgehoben, vielmehr werden dadurch nur die Fälle betroffen, wo das Feilhalten „unter Verschweigen des Umstandes des Verdorbenseins ꝛc. o. unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung" erfolgt; ohne diese Voraussetzung bleibt Nr. 7 anwendbar u. zwar sowohl bezüglich der **vorsätzlichen** als auch der **fahrlässigen** Delikte; so: RG. II 9. Mai 82, III 11. Feb. 82, 18. Juni 85, I 29. Sept. 94, IV 5. Feb. 95, E. 6 268, 34, 12 301, 26 114, 419, Berner S. 716, Binding Lb. 2 73, v. Liszt S. 511 N. 4, Frank N. VIII; vgl. dagegen Wittich GS. 61 142 (insbs. gg. das zit. RG. E. 6 34 sich wendend).

γ) **Landesgesetzliche**, das Verbot der Nr. 7 lediglich bezüglich **bestimmter** Eßwaren unter Androhung einer anderen Strafe wiederholende Vorschriften sind ungültig; Kayser HH. 4 44.

Zu Nr. 8.

a) Alle in der Nr. 8 mit Strafe bedrohten Hdlgen sind regelmäßig verboten; doch wird die Rechtswidrigkeit durch Erteilung einer „**polizeilichen Erlaubnis**" beseitigt; vgl. Nr. 3 N. e. Über die Form, in der sie zu erteilen, entscheidet das Landesrecht; Frank N. IX. Ob die Erlaubnis zu Recht, insbs. nach der vorausgesetzten Sachprüfung, erteilt sei, hat der Strafrichter nicht zu untersuchen; aM. Meves N. 9, auch wohl Rotering N. 8_1.

Außer durch die pol. Erlaubnis kann allg. Grundsätzen entsprechend die Rechtswidrigkeit der Hdlg. auch anderweit ausgeschlossen sein; so durch öffentlichrechtl. Befugnisse z. B. einer zum Waffengebrauch berechtigten Person, wenn sie in Ausübung ihres Rechts an einem bewohnten Orte schießt; so falls jemand in Ausübung der durch StPO. § 127 gewährten Befugnis der vorl. Festnahme auf frischer Tat zur Ermöglichung dieser einen Schreckschuß abgibt; München ObersteLG. 31. Mai 02 E. 2 384. Andererseits ist freilich von demselben Gerichtshofe 18. Juni 04 E. 4 381 angenommen, daß die Tötung eines fremden Tieres, wenn sie auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des BGB. § 228 nicht aus § 303 o. aus §§ 292 ff. strafbar sei, dennoch nicht straflos sei, falls sie unter Außerachtlassung der Nr. 8 erfolge; ferner hat Dresden OLG. 24. März 04 SächsA. 26 217 ausgesprochen, daß das Jagdr. nicht die Befugnis verleihe, überall, insbs. in der Nähe von Menschen bewohnter Stellen, zu schießen. In Fällen dieser Art müssen die privatrechtl. Interessen gegenüber den öffentlichrechtl. zurückstehen.

b) Verboten sind die fraglichen Hdlgen nicht nur mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit, sondern auch auf die Belästigung des Publikums; so mit Recht die Motive zur StGR., durch welche die Bestimmungen der Nr. 8 auf das „Abbrennen von Feuerwerkskörpern“ (Plural statt Singular; vgl. § 110 N. 14) ausgedehnt wurden, weil diese Hdlgen mit dem Schießen auf gleicher Linie ständen; Frank N. IX. Daraus ergibt sich, daß es nicht darauf ankommt, ob mit dem „Feuergewehr“, d. h. jeder Feuerwaffe (§ 368[7]), scharf o. blind geschossen wird; so: München 19. Juni 76 St. 7 217, Frank aO., Meves N. 12, Rüd.-St. N. 23, v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 3; aM.: Oppenh.-D. N. 51, Rotering N. 8₂, Dalcke Jagdr. S. 243, Wagner Jagdgstzgbg. S. 150 (letzterer hält jedoch das Abschießen einer mit einem Papierpfropfen geladenen Schußwaffe gleichfalls für strafbar). Anders liegt es freilich, bezüglich der „Selbstgeschosse“ (vgl. auch § 53 N. 12c), weil das Gesetz dabei zweifellos nur die Verhütung von körperlichen Verletzungen im Auge hat.

c) Die btr. Hdlgen sind verboten, insofern sie vorgenommen werden an „Orten“, die entweder „bewohnt sind“ (mit „Orten“ werden sonach nicht Räumlichkeiten bezeichnet, die zur Wohnung von Menschen dienen, sondern „Ortschaften“; vgl. § 39 N. 1; so: München OLG. 3. März 98 E. 10 27, Meves N. 10; aM. Frank N. IX) oder „von Menschen besucht werden“, d. h. wo Menschen zu verkehren pflegen; denn in diesem Sinne wird der letztere Ausdruck zu verstehen sein, derart daß er mit dem im § 366[8] gebrauchten (vgl. Allg. Bem. zu Nr. 2 ff. des § 366) gleichbedeutend ist (RG. 26. Okt. 00 G. 47 440, München OLG. 11. Nov. 90 E. 6 262, zit. 10 27, Berlin KG. 18. Apr. 95 Jahrb. 16 485, Frank aO., Meves N. 11, Rotering N. 8₁, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 150), so daß also das Schießen ohne poliz. Erlaubnis nicht nur dann verboten ist, wenn der Ort tatsächlich von Menschen „besucht ist“. Dabei ist übrigens nach der der Nr. 8 zugrunde liegenden Absicht die räumliche Ausdehnung des „Ortes“ so weit zu fassen, als die gefährliche bzw. belästigende Wirkung der Regel nach reicht; RG. III 11. Okt. 83 E. 9 124, Frank aO., Rotering N. 8₂. Das gilt namentl. auch für das Legen von Selbstgeschossen, das nicht nur an Stellen verboten ist, die von den Füßen der Menschen betreten werden; denn hier kommt auch die Möglichkeit der Entladung durch elementare Ursachen bzw. durch Tiere in Betracht; zit. RG. E. 9 124.

d) Die Hdlgen werden schlechthin bestraft, auch ohne Rücksicht auf eine konkrete Gefährdung (zit. RG. G. 47 440); es handelt sich sonach um ein reines Polizeidelikt; Binding Hb. 1 170 u. Lb. 1 79, Rotering N. 8₂. Deshalb ist der Regel entsprechend (Abschn. 29 N. 2₂) auch eine bloß fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar (Binding Lb. aO., Frank N. IX, Rotering N. 8₁), immerhin ist aber eine Verschuldung erforderlich; so richtig Binding Lb. aO. u. Geyer 1 188, während RG. I 2. Juni 81 E. 4 243 u. Meves N. 14 annehmen, es handele sich um ein rein formales Delikt, bei dem die unter Strafe gestellte Tat lediglich in einem äußeren Handeln bestehe.

e) Mit vorsätzl. o. fahrl. Körperverletzg. kann Idealkonk. (§ 73) eintreten; RG. I 2. Juni 81, III 11. Okt. 83, E. 4 243, 9 124, Binding Lb. aO.

f) Eine das Legen von Selbstgeschossen rc. unbedingt verbietende PolV. würde, als dem Gesetze widersprechend, ungültig sein; Rotering N. 8₃ u. G. 30 423, Sommerlad GS. 39 386.

Zu Nr. 9.

a) Die Nr. 9 ist ein Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1; RG. I 14. Nov. 89 E. 20 43); denn es handelt sich um eine „Zuwiderhdlg.“ (§ 360[12] N. a) gegen ein „gesetzliches Verbot“, d. h. eine generelle Anordnung mit Gesetzeskraft (Frank N. X, Oppenh.-D. N. 54, Rüd.-St. N. 24, Rotering N. 9₂), gleichgültig, ob in der Form eines Gesetzes i. e. S. oder in der Form einer PolV., soweit solcher nach der Landesgesetzgbg. die Wirkung eines Gesetzes beigelegt ist (§ 2 N. 6); Berlin 28. Feb. 79 O. 20 110, Berner S. 717. Gleichgültig ist, ob ein solches Verbot schon bei Erlaß des StGB. in Geltung war oder erst später erlassen ist; Berlin zit. O. 20 110, RG. 24. März 87 G. 35 158, Binding Hb. 1 323 u. Normen 1 87, Rotering N. 9₂. Wg. fortdauernder Geltung des im PrStGB. § 345[7] enthaltenen Verbots vgl. EG. § 2 N. 7b.

b) Das Verbot muß sich richten gegen das „Feilhalten“ (§§ 184 N. 5, 324 N. 5)

oder „mitsichführen“ (§ 243 N. 46) von „Stoß- 2c. -Waffen“ — d. h. wie nach der genaueren Bezeichnung nicht zweifelhaft sein kann, von Waffen im techn. S. (§ 127 N. 2a; gelegentlich auch RG. I 22. Nov. 88 R. 10 683) —, welche „in Stöcken o. Röhren o. in ähnlicher Weise“ verborgen sind; nicht gegen das Verbergen an sich also muß das Verbot sich richten, sondern vielmehr dagegen, daß die Waffe infolge einer besonderen Vorrichtung, in der sie getragen wird, als etwas Unverfängliches sich darstelle; demgemäß gehört hierher weder das Tragen von Waffen in der Tasche, noch in einem die Waffe nicht verleugnenden Futterale; Berner S. 717, Oppenh.-D. N. 56, Rotering N. 9₁. Wenn dagegen Frank N. X u. Oppenh.-D. N. 57 annehmen, die Vorschrift entfalle, falls das Mitsichführen offenkundig, in einer den Schein der Gefährdung ausschließenden Weise erfolge, so ist das nicht unbedingt richtig, hängt vielmehr von dem Inhalte des Verbotes ab; so auch Vorberg Einziehung S. 63.

c) Daß das Verbot rein polizeil. Natur sei, kann nicht zweifelhaft sein (vgl. Binding Lb. 1 79 u. Normen 1 403 N. 22, der den Gesichtspunkt einer „möglichen Vorbereitung“ hervorhebt), weshalb auch eine bloß fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar ist (Abschn. 29 N. 2₂); so Frank N. X; aM. Binding Lb. aO.; sie erscheint trotz der Vorsätzlichkeit der Hdlg. an sich denkbar, so z. B. wenn der Betreffende nicht an die Beschaffenheit des Stockes denkt.

d) Die Landesgesetzgebung hat, namentl. auch in Preußen, wo die Materie durch den noch in Geltung stehenden § 345⁷ PrStGB. (vgl. EG. § 2 N. 7b) gleichfalls nicht geregelt war, die Befugnis, das Waffentragen in weiterem Umfange zu beschränken, da eine Materie i. S. des EG. § 2 nicht geregelt ist; RG. I 14. Nov. 89 E. 20 43 (btr. des Verbotes des Tragens von Schlagringen mit der weiteren Ausführung, daß ein allg. Rechtssatz, wonach in Preußen jeder ein Recht habe, Waffen zu tragen, nicht bestehe), III 19. Feb., I 20. Mai 03, E. 36 109, 218, Berlin KG. 7. Feb. 89 Jahrb. 9 291 (btr. des Verbotes des Tragens von Schußwaffen ohne Waffenschein in Pr.), jetzt — nach Aufgabe einer abweichenden Ansicht (vgl. Jahrb. 25 C 87, 26 C 49, 53) — auch 5. Okt. 03 Jahrb. 26 C 85 (über das Waffentragen u. den Waffenverkauf könnten in Pr. durch PolV. einschränkende Bestimmungen erlassen werden, da PrStGB. § 345⁷ nicht entgegenstehe), Dresden OLG. 23. Mai 87 SächsA. 9 112 (btr. fortdauernder Geltung des Mandats v. 14. Juli 1659 im Königr. Sachsen), Berner S. 717, Frank N. X.

Zu Nr. 10.

a) Wegen der Entstehungsgeschichte vgl. § 227 N. 1 der 5. Aufl. des Komm. Die Nr. 10 charakterisiert sich als eine Erweiterung des § 227, indem die dort bezeichneten schweren Folgen nicht eingetreten zu sein brauchen; RG. I 17. Okt. 81, IV 6. Okt. 85, E. 5 170, 13 3. Da es aber nur um eine Erweiterung sich handelt, so besteht auch das Wesen der Übertr. in der Beteiligung an einer Schlägerei bzw. an einem Angriffe; das bedingt eine physische o. intellektuelle Mitwirkung dazu, daß geschlagen bzw. angegriffen worden ist; so zit. RG. E. 5 170. Insoweit handelt es sich zweifellos um ein Verletzungsdelikt, während die Strafvorschrift als solche gegen die in dem Waffengebrauch liegende Gefährdung sich richtet; so: Binding Lb. 1 78 u. Normen 1 392 N. 40, Frank N. XI; anscheinend aM. Rotering N. 10.

bα) Daß auch i. F. der Nr. 10 bei einer Schlägerei (vgl. § 227 N. 3) eine Beteiligung von mehr als zwei Personen stattfinden müsse, nehmen insbs. an: München 3. Juni 73 St. 2 364, Meves N. 16, Oppenh.-D. N. 60, Reuter Raufhandel S. 107; aM.: RG. II 10. Mai 01 G. 48 335, Berlin 22. Feb. 77 St. 7 218, Geyer HH. 4 374, Rüd.-St. N. 27.

β) Dagegen findet Nr. 10 auf jeden „Angriff“ Anwendung, nicht bloß auf einen „von mehreren“ gemachten (§ 227 N. 4); so: RG. IV 6. Okt. 85 E. 13 3, III 19. Jan. 88 R. 10 46, ROHG. 29. Nov. 72 E. 8 121, München ObersteLG. 30. Dez. 04 E. 5 192, Berner S. 717, Binding Lb. 1 78, Frank N. XI, Geyer, Rüd.-St., Rotering N. 10, Reuter aO. S. 108; aM.: Meves N. 17, Oppenh.-D. N. 60. Der Unterschied gegenüber dem § 223a besteht darin, daß es bei dem „Angriffe“ zu einer Körperverltzg. des Angegriffenen nicht gekommen sein darf; letzterenfalls findet § 223a Anwendung. Der Begriff des „Angriffes“ setzt auch den Eintritt einer Körperverltzg. keineswegs voraus (Reuter aO.), wenn

er auch in Nr. 10, so gut wie im § 227, „Tätlichkeiten" gegen die Person eines anderen erfordert; deshalb fand zutreffend RG. II 21. Sept. 88 R. 10 505 in der Abgabe eines Schusses in die Luft mit der Absicht, dadurch niemand zu verletzen, keinen Angriff. Allein ein „tätlicher Angriff" bezeichnet nur die Richtung des Angriffes dahin, daß er eine körperliche Einwirkung auf den Angegriffenen bezwecken muß (§ 113 N. 25). Lag übrigens ein „Angriff" tatsächlich vor, so „bedient sich" jemand der Waffe auch dann, wenn er mit ihr nur droht o. schreckt (so: Berner S. 718, Frank aO., Oppenh.-D. N. 63, auch Neves G. 38 333 N. 3, früher abweichend; vgl. StGR. § 367[10] N. 21), wie dieses Tatbestandsmerkmal bei einer Schlägerei bereits dann zu bejahen ist, wenn jemand mit einem geöffneten Messer um sich schlägt, ohne speziell gegen eine Person eine Tätlichkeit zu verüben (Berlin 10. Nov. 76 St. 7 218, Rüd.-St. N. 28), während es zu verneinen ist, wenn es zu einem Gebrauch der Waffe überhaupt nicht gekommen ist; das zu a zit. RG. E. 5 170 sowie Celle OLG. 22. Okt. 00 G. 49 335 (338), das ein „Sichbedienen" verneinte bei bloßem Herausnehmen des Messers aus der Tasche u. in der Hand halten, um es nach dem weiteren Verlauf des Streites möglicherweise verteidigungs- oder angriffsweise zu benutzen. Ob der Angegriffene ebenfalls einer Waffe sich bediente, ist gleichgültig; RG. IV 27. Juni 90 G. 38 331.

c) Zu vergleichen ist

α. wegen des „nicht ohne sein Verschulden hineingezogen werden": § 227 N. 7 sowie wg. der Frage der Notwehr das. N. 12; übereinstimmend nimmt RG. III 18. Sept. 05 G. 52 beim Tatbestande der Schlägerei an, daß ihm gegenüber die Grundsätze über Notwehr im allg. nicht in Betracht kämen, diese vielmehr nur hinsichtl. eines einzelnen Akts des Waffengebrauchs eingreifen könnten;

β. wegen „Waffe, insbs. Messer o. anderes gefährl. Werkzeug": §§ 223a N. 3ff.

d) Mit einfacher Körperverltzg. (§ 223) kann Idealkonk. (§ 73) eintreten; die Strafe ist bei Fehlen des erforderlichen Strafantrages aus Nr. 10 zu verhängen (vgl. § 73 N. 24a u. insbs.: Berlin 6. Juni 72, München 18. Okt. 73, St. 2 61, 3 247). Das Vorliegen des Tatbestandes des § 223a (s. o. b) schließt dagegen die Anwendung der Nr. 10 aus; Binding Lb. 1 78, Frank N. XI, Rüd.-St. N. 28, Reuter Raufhandel S. 118, Köhler Ideal- u. Gesetzeskonk. S. 86.

Zu Nr. 11.

a) Unterschieden werden zwei Arten von Tieren, solche, die von Natur „wild" sind, und an sich zahme o. gezähmte, aber „bösartige" Tiere, wie namentl. bissige Hunde, schlägige Pferde, stößige Ochsen; so: München 6. Sept. 72 St. 2 134, Berner S. 718, Oppenh.-D. N. 66; aM. Rüd.-St. N. 30, es bezeichne „bösartig" nicht bloß das genus, sondern auch die species.

b) Die Strafbestimmung hat ihrem ganzen Inhalt nach den Zweck, „Beschädigungen" durch „gefährliche" Tiere (denn solche sind durchweg, nicht bloß nach ausdrücklicher Bestimmung i. F. der ersten Alternative, gemeint) zu „verhüten"; es handelt sich also um eine Vorschrift rein polizeilicher Natur, so daß auch die bloß fahrlässige Zuwiderhdlg. (Abschn. 29 N. 2_2) strafbar ist; Frank N. XII, Rotering N. 11_1.

Die „Beschädigungen" sind nicht näher bezeichnet; es kommen jedoch vorzugsweise nur solche von Personen in Betracht, solche von Sachen dagegen nur insofern, als sie eine Gefährlichkeit des Tieres bekunden, nicht also dessen Wesen entsprechende, wie z. B. Beschädigungen der Krippe; Berner S. 718, Frank aO., Oppenh.-D. N. 66.

c) Die strafbaren Zuwiderhdlgen sind im einzelnen:

α. „Halten" eines „gefährl. wilden Tieres" (N. a, b) „ohne polizeiliche Erlaubnis" (vgl. Nr. 3 N. e). Die Frage, wer Tierhalter sei, ist mangels einer gesetzl. Bestimmung, wie im BGB. § 833, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu entscheiden, wonach darunter zu verstehen ist, wer im eigenen Interesse die Sorge für ein Tier übernommen hat, u. zwar nicht bloß zu einem ganz vorübergehenden Zweck;

β. bezüglich „wilder o. bösartiger Tiere" (N. a, b), einmal das „frei Umher-

laufenlassen", dann das Unterlassen erforderlicher Vorsichtsmaßregeln zur Verhütung von Beschädigungen.

d) Zu vergleichen ist wegen Richtregelung einer Materie i. S. des EG. § 2: § 366[5] N. b, insbs. das das. zit. Berlin KG. Jahrb. 18 272.

Zu Nr. 12.

a) Die Nr. 12 enthält als Norm das Gebot (Allfosser Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220), „an Orten, an welchen Menschen verkehren", — das sind nicht notwendig „öffentliche Orte" (§ 116 N. 2a; Oppenh.-D. N. 69, v. Schwarze N. 12), sondern solche, an denen, wie es im § 366[8] heißt (N. aα2 zu den Nr. 2 ff.), „Menschen zu verkehren pflegen" (so in der Sache auch Frank N. XIII u. RG. IV 18. Juni 89 G. 37 202, eine nach zivilrechtl. Grundsätzen zu beurteilende Berechtigung zum Betreten des Ortes sei nicht maßgebend, sondern es genüge, wenn tatsächlich Menschen in öfterer Wiederkehr den Ort beträten) — „Brunnen 2c." — also im allgemeinen Öffnungen, in die jemand hineinfallen kann, — während in jedem Einzelfall mit Rücksicht auf die vorliegenden Umstände und den Zweck der Vorschrift nach dem allg. Sprachgebrauch zu entscheiden ist, ob eine solche anzunehmen sei (RG. VI ZS. 5. Nov. 94 E. ZS. 34 32) — deshalb unter Umständen auch Gräben bzw. eine geländerlose Brücke, als „Abhang" (RG. VI ZS. 27. Feb. 90, 20. Apr. 99, E. ZS. 25 53, 44 173), dsgl. durch Fehlen von Sprossen entstandene Lücken eines Treppengeländers (RG. IV 20. Sept. 92 G. 40 306), — derartig zu verdecken, daß daraus „keine Gefahr für andere" — worunter durchaus nicht bloß „Durchschnittsmenschen" zu verstehen sind, sondern namentl. auch Personen, die infolge (jugendlichen) Alters o. Gebrechlichkeit mehr o. weniger unbehilflich sind (RG. IV 14. Jan. 90 G. 37 441, Frank aO., Rotering N. 12$_2$) — „entstehen kann". Auch hier wird sowenig wie im § 366[8] (das. N. a) eine Gefährdung gefordert; es liegt somit ein reines Polizeidelikt vor, so daß auch fahrlässige Zuwiderhdlg. (Abschn. 29 N. 2$_2$) strafbar ist; Binding Lb. 1 79, Rotering N. 12$_2$.

b) Das Gebot richtet sich keineswegs ausschließlich an den Eigentümer der Öffnung, wogegen schon das Eingangswörtchen „Wer" spricht (so die GM., insbs. RG. I 23. Feb. 82, IV 23. Nov. 86, E. 6 64, 15 58), vielmehr an denjenigen, der tatsächlich die Verfügung über die Grube hat, also — wenn somit auch in vielen Fällen an den Eigentümer selbst — doch auch an den Inhaber oder Verwalter, der nicht zugleich Eigentümer ist; es ist nicht einmal notwendig, daß er zur Innehabung o. Verwaltung ein Recht besaß; so die zitt. Entsch. Dagegen würde es zu weit gehen, überhaupt jeden, dem eine Befugnis zur Benutzung des btr. Ortes bzw. der btr. Öffnung zusteht, zu ihrer Verdeckung für verpflichtet zu erachten; zit. RG. E. 6 64.

c) An sich fallen auch „Bergwerksgruben" unter die Vorschrift. Wenn — was bei nicht erfolgter Regelung der Materie (EG. § 2 N. 4b, insbs. das dort zit. Berlin KG. Jahrb. 6 317) zulässig — landesrechtliche Berggesetze, wie z. B. das PrAllgBergG. v. 24. Juni 1865/92 § 76, die den Bergwerksbetrieb leitenden und beaufsichtigenden Personen verantwortlich machen, so schließt das nicht die gleichzeitige Verantwortlichkeit anderer Personen aus § 367[12] aus; Berlin 1. Juli 75 O. 16 508.

d) Wg. Idealkonk. (§ 73) mit § 222 vgl. RG. IV 13. Jan. 97 G. 45 34.

Zu Nr. 13.

a) Es handelt sich um die Zuwiderhdlg. gegen das alternative Gebot, den Einsturz drohende „Gebäude" (d. h. hier, im w. S. als im § 243 [das. N. 11 ff.], überhaupt, „Bauwerke"; Oppenh.-D. N. 74, v. Schwarze N. 13) entweder „auszubessern" — und zwar in einer die Gefahr beseitigenden Weise (Rotering N. 13) — oder „niederzureißen", somit um ein echtes Unterlassungsdelikt (so: Binding Lb. 2 106 N. 6, Allfosser Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 416).

b) Das Gebot tritt aber erst in Kraft, nachdem eine bezügliche „polizeiliche Aufforderung", gleichgültig in welcher Form, ergangen ist (vgl. deshalb § 360[10] N. b, c), falls aus ihr nur unzweideutig ihr Grund hervorgeht; München OberstesLG. 18. März 02 E. 2 298. Trotzdem liegt kein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1) vor, wie Binding Normen 1 163

N. 10 annimmt; denn die Aufforderung ergeht individuell (Frank N. XIV, Rotering N. 13), ohne daß es dabei um Ausfüllung des Strafgesetzes durch eine Norm sich handelt, die vielmehr in ihm bereits enthalten ist. Die Aufforderung hat zur objektiven Voraussetzung, daß das Gebäude „den Einsturz droht" (braucht aber dieser Worte sich nicht zu bedienen; München OLG. 6. Dez. 94 E. 8 162); deshalb steht dem Richter die Nachprüfung zu, ob diese Voraussetzung vorlag (vgl. dagegen § 366[10] N. b); so auch: Binding Lb. 2 106 N. 6, Frank aO.; aM. jedoch die gesamte übrige Literatur, insbs.: Berner S. 719, Oppenh.-D. N. 75, Rüd.-St. N. 34, und auch wohl die Praxis, namentl. die von München OLG. (vgl. das zit. Urteil) sowie ObersteLG. zit. E. 2 298.

c) Eine konkrete Gefährdung für fremde Rechtsgüter braucht nicht eingetreten zu sein; deshalb handelt es sich um ein reines Polizeidelikt, so daß folgeweise (Abschn. 29 N. 2₁) auch fahrlässige Zuwiderhdlg., z. B. Nichtbefolgung aus bloßer Säumnis o. mangelhafte Ausbesserung, strafbar ist; Berner S. 719, Frank N. XIV, Rotering N. 13. Tatsächl. Irrtum ist nur gemäß § 59₂ beachtlich; aM. Binding Lb. 2 106 N. 6 aE.

Zu Nr. 14.

a) Ein reines Unterlassungsdelikt, nämlich die Zuwiderhdlg. gegen das Gebot (so: Aldosser Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 219; aM. Binding Lb. 2 106, als mögliche Gefährdung durch ungesichertes Bauen Begehungsdel.), bei Neuerrichtung sowie bei Ausbesserung von Bauwerken diejenigen „Sicherungsmaßregeln" zu treffen, die entweder die Polizei — sei es allgemein, sei es im besonderen (Berner S. 719, Rüd.-St. N. 35, Rotering N. 14₁) — angeordnet hat oder die sonst im Einzelfall der Natur der Sache o. den Umständen nach (RG. II ZS. 27. Okt. 81 E. ZS. 6 260) erforderlich sind. Im Gegensatz zum § 330 wird konkrete Gefährdung nicht gefordert (aM. Rüd.-St. N. 35); es handelt sich sonach um ein reines Polizeidelikt, so daß folgeweise (Abschn. 29 N. 2₁) auch fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar ist; Frank N. XV, Rotering N. 14₁; so auch in letzterer Beziehung Binding aO. Mit Rücksicht auf den Tatbestand des § 330 nimmt übrigens Berner S. 719 mit Recht an, daß unter den „Sicherungsmaßregeln" in Nr. 14 nicht solche zu verstehen seien, die in der regelrechten Art des Baues selbst liegen; aM. Binding aO. Es handelt sich vielmehr um Sicherungsmaßregeln, die aus Anlaß eines Baues zu treffen sind, jedoch nicht nur um solche zum Schutze von Personen, des sog. Publikums, sondern um Sicherungsmaßregeln gegen Gefahren jeglicher Art, ohne in Ansehung von Personen o. Sachen (z. B. Nachbargebäuden) zu unterscheiden; zit. RG. E. ZS. 6 260.

b) „Wer Bauten ꝛc. vornimmt", kann Subjekt der Übertr. aus Nr. 14 sein. Während manches dafür spricht, den Bauherrn (Bauunternehmer) mit Frank N. XV nur insofern aus Nr. 14 verantwortlich zu machen, als er Bauleiter ist (vgl. § 330 N. 3a), hat die Rechtsprechung der Zivilsenate des RG. (der Oppenh.-D. N. 76 folgt) ständig (vgl. II ZHS. 27. Okt. 81, ZHS. 12. Dez. 82, III ZS. 21. Dez. 86, E. ZS. 6 260, 8 236, 17 105, VI ZS. 27. Nov. 90, 18. Juni 96, G. 43 295 N. *, 44 298) daran festgehalten, daß der „Bauherr" (vgl. Nr. 15) als solcher sich verantwortlich mache, da gerade er es sei, der den Bau „vornimmt"; nach der Entstehung der Nr. 14 aus dem vorbildlichen § 345[11] PrStGB. (vgl. darüber zit. E. ZS. 6 260) wird dem beizupflichten sein.

Zu Nr. 15.

a) Die in Nr. 15 bedrohte Übertretung einer rein baupolizeilichen Vorschrift wird begangen durch jede — kurz gesagt: eigenmächtige Ausführung eines „Baues" (vgl. über dessen Begriff München ObersteLG. 2. Nov. 01 E. 2 122) o. seine Ausbesserung, soweit dazu eine poliz. Genehmigung erforderlich ist, sowie durch jede eigenmächtige Abweichung vom genehmigten Plane, und zwar der Regel gemäß (Abschn. 29 N. 2₁) gleichgültig, ob vorsätzlich o. fahrlässig; vgl. München ObersteLG. 15 Jan., 28. Sept., 31. Okt., 2. Nov. 01, E. 1 252, 2 48, 52, 122; ferner so: Berner S. 720, Frank N. XVI, Oppenh.-D. N. 83, Rotering N. 15₁, ₂, auch Binding Lb. 2 106 btr. der ersten Alternative, während er eine fahrl. Begehung i. F. der eigenmächtigen Abweichung vom genehmigten Bauplan für „unerfindlich" erachtet; es ist aber nicht einzusehen, warum eine „eigen-

mächtige" — d. h. ohne poliz. Genehmigung erfolgende — Abweichung vom „genehmigten" Bauplan nicht auf Fahrlässigkeit soll beruhen können, so wenn fahrlässig die vollständige Ausführung unterbleibt (Oppenh.-D. N. 85) o. in den Plan eingetragene Bemerkungen der techn. Prüfungsstelle fahrl. unbeobachtet bleiben (München OLG. 6. Apr. 99 E. 10 194). Die eigenmächtige Abweichung ist übrigens selbst dann strafbar, wenn der Plan, über dessen Richtigkeit dem Richter keinerlei Nachprüfung zusteht (Berner, Frank aO.), ein irriger war; München 10. März 75 St. 2 252, Binding aO., Oppenh.-D. N. 84. Die Weigerung der Beseitigung eines nur widerruflich zugelassenen Baues kann als eigenmächtige Abweichung nicht angesehen werden; München OLG. 22. Aug. 96 E. 9 111.

b) Die verschiedenen in Nr. 15 bezeichneten Personen sind nebeneinander verantwortlich (Berner S. 720, Binding Lb. 2 106); eine Übertragung der ausschließlichen Verantwortlichkeit des einen auf den anderen ist unstatthaft; Rotering N. 15₂. Es kann aber ein Wechsel hinsichtlich der Verantwortlichkt. der Personen stattfinden; der Neueintretende ist dann verantwortlich für etwaige Abweichungen nach der Übernahme sowie für Nichtbeseitigung früherer Abweichungen; München OLG. 3. Nov. 96 E. 9 154.

Was insbs. den „Baumeister" betrifft, so ist er gleichbedeutend mit dem Bauleiter i. S. des § 330 N. 3a; er ist daher — wie schon die Nebeneinanderstellung zeigt — begrifflich verschieden vom „Bauherrn"; München ObersteLG. 16. Nov. 01 E. 2 141, Berlin KG. 16. Feb. 02 Jahrb. 23 C 101.

c) Positive Voraussetzung ist aber für die Strafbarkeit, daß nach dem maßgebenden Landesrechte eine „polizeiliche Genehmigung des Baues" überhaupt erforderlich ist; es heißt nicht etwa „ohne poliz. Erlaubnis" (vgl. § 367³); Frank N. XVI, Rotering N. 15₁. Ist die für einen Bau der btr. Art erforderliche Genehmigg. nicht erteilt, so wird die Bestrafung dadurch nicht ausgeschlossen, daß es nur um Wiederherstellung einer von einem Dritten eigenmächtig zerstörten Anlage sich handelt; München OLG. 17. März 91 E. 6 421. Eine nur mündlich erteilte Genehmigung genügt nicht, wenn durch PolV. vorgeschrieben ist, daß der behördliche Baukonsens schriftlich erteilt werden muß; RG. IV 3. Apr. 91 G. 39 208.

d) Zuwiderhandlgen gg. GewerbeO. §§ 24 f. sind nur aus § 147² das., nicht aus Nr. 15 strafbar; RG. III 11. Juli 04 G. 51 408.

e) Über den Beginn der Verjährung vgl. bezüglich der Stellung der Praxis § 67 N. 15 II a sowie den Nachtrag dazu am Schlusse dieses Bandes u. RG. IV 10. Mai 87 G. 35 206 (der Lauf der Verjährung beginne mit der Vollendung des von dem genehmigten Plane abweichenden Baues bzw. Teiles desselben); vgl. May FischersZ. 28 255, 29 24, der auf dem Boden der Praxis des RG. u. Berlin steht; aM. dagegen Frank N. XVI, die Verjhrg. beginne mit dem Augenblicke, da der Bau trotz mangelnder pol. Genehmigung anfange bzw. von dem Bauplane abweiche.

Zu Nr. 16.

a) Die Nr. 16 ist zuf. Art. I des G. btr. Ergänzung d. Bestimmungen über d. Wucher v. 19. Juni 1893 hinter Nr. 15 eingestellt; vgl. o. S. 32. Es sollte nach der Begründung des Entw. durch diese Bestimmung ein Einschreiten „gegen die in manchen Gegenden herrschende Unsitte, wonach bei öffentl. Versteigerungen den Bietern o. anderen Personen, um diese zum Bieten anzureizen, unentgeltlich geistige Getränke verabfolgt werden", ermöglicht werden.

b) Vgl. im übrigen N. a zum § 368¹, deren Bemerkungen entsprechend gelten. Die „poliz. Anordnung" kann auch ein Verbot der Verabfolgung geistiger Getränke überhaupt enthalten; Rüd.-St. Ergänzungen N.

c) Gegen das „Abhalten vom Mit- o. Weiterbieten" bei öffentl. Versteigerungen wendet diese Strafandrohung sich nicht; vgl. T. II Abschn. 25 N. 3b.

Zu Absatz 2.

Im Falle der Nr. 8 dürfen die „Schießwerkzeuge", weil sie nicht mit aufgezählt sind, nicht eingezogen werden; Berner S. 721, Oppenh.-D. N. 90. Im übrigen vgl. §§ 40 N. 7, 11, 13, 42 N. 3a.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 368.

Mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft:

1) wer den polizeilichen Anordnungen über die Schließung der Weinberge zuwiderhandelt;
2) wer das durch gesetzliche oder polizeiliche Anordnungen gebotene Raupen unterläßt;
3) wer ohne polizeiliche Erlaubniß eine neue Feuerstätte errichtet oder eine bereits vorhandene an einen anderen Ort verlegt;
4) wer es unterläßt, dafür zu sorgen, daß die Feuerstätten in seinem Hause in baulichem und brandsicherem Zustande unterhalten, oder daß die Schornsteine zur rechten Zeit gereinigt werden;
5) wer Scheunen, Ställe, Böden oder andere Räume, welche zur Aufbewahrung feuerfangender Sachen dienen, mit unverwahrtem Feuer oder Licht betritt, oder sich denselben mit unverwahrtem Feuer oder Licht nähert;
6) wer an gefährlichen Stellen in Wäldern oder Haiden oder in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen Feuer anzündet;
7) wer in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen mit Feuergewehr schießt oder Feuerwerke abbrennt;
8) wer die polizeilich vorgeschriebenen Feuerlöschgeräthschaften überhaupt nicht oder nicht in brauchbarem Zustande hält oder andere feuerpolizeiliche Anordnungen nicht befolgt;
9) wer unbefugt über Gärten oder Weinberge, oder vor beendeter Ernte über Wiesen oder bestellte Aecker, oder über solche Aecker, Wiesen, Weiden oder Schonungen, welche mit einer Einfriedigung versehen sind, oder deren Betreten durch Warnungszeichen untersagt ist, oder auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege geht, fährt, reitet oder Vieh treibt;
10) wer ohne Genehmigung des Jagdberechtigten oder ohne sonstige Befugniß auf einem fremden Jagdgebiete außerhalb des öffentlichen, zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges, wenn auch nicht jagend, doch zur Jagd ausgerüstet, betroffen wird;
11) wer unbefugt Eier oder Junge von jagdbarem Federwild oder von Singvögeln ausnimmt.

PrStGB. § $347^{2, 1, 4, 5, 6-12}$. Entw. I § $354^{2, 1, 3, 4, 6-11, 13}$, II § 364^{1-11}.
Aktenst. Nr. 105, 132. StB. S. 766—768.

Zu Nr. 1.

a) Es stehen „Zuwiderhdlgen" (§ 360[12] N. a) gegen „polizeiliche Anordnungen" (§ 367[2] N. a) in Frage. Die Ausfüllung des sog. Blankettstrafgesetzes (§ 145 N. 1) kann selbstverständlich — wie in Nr. 2 — auch durch Gesetz geschehen; Binding Lb. 2 747, Frank N. 1, Oppenh.-D. N. 1. Da es um ein reines Polizeidelikt sich handelt, so ist auch die fahrlässige Zuwiderhdlg. strafbar, sofern aus der ergangenen Anordnung nicht das Gegenteil erhellt (Abschn. 29 N. 2[3]); Frank aO., Rotering N. 1, auch Binding aO. N. 1, der zu Unrecht behauptet, der Komm. bezeichne Fahrlässigkt. generell als ausreichend.

Zu Nr. 2.

a) Mit Strafe bedroht wird ein echtes Unterlassungsdelikt (so Frank N. II, Albosser Unterlassungsdel. S. 132, Seligsohn G. 28 220, Landsberg Kommissivdel. S. 219; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 416), wegen dessen Nr. 1 zu vergleichen; hier nimmt Binding unbedingt Strafbarkeit der fahrl. Unterlassung an, was praktisch zutreffen wird.

Zu Nr. 3—8.

a) Die in den Nr. 3—8 getroffenen Vorschriften sind teils feuerpolizeilicher Natur, indem es um Präventivvorschriften zur Verhütung von Brandunglück sich handelt (Rotering N. 3_1), teils aber werden Gefährdungen durch Feuer mit Strafe bedroht (vgl. Nr. 5—7). Wenn auch an sich vorsätzliche Hdlgen erfordert werden, so sind doch nicht nur bei jenen Polizeidelikten die fahrlässigen Zuwiderhdlgen für strafbar zu erachten (Abschn. 29 N. 2_2), wie z. B. im Falle der Nr. 3 der Ankauf bei fahrl. irrtümlicher Annahme des Vorliegens der poliz. Erlaubnis, sondern sicher auch die bloß fahrlässigen Gefährdungen, weil sonst der praktische Erfolg der Strafvorschriften wesentlich versagen würde, übrigens auch die Zusammenstellung mit den Polizeidelikten darauf hindeutet, daß bei diesen Gefährdungsdelikten gleichfalls der polizeil. Gesichtspunkt überwiege (T. I Abschn. 4 N. 4_2); so ausdrücklich btr. der Nr. 5 Binding Normen **1** 189 N. 2; vgl. auch Frank N. III—VII, woselbst Fahrlssgkt. für ausreichend erachtet wird, während nach N. VIII in erster Linie die Sondervorschriften entscheidend sein sollen.

b) Etwaige besondere landespolizeil. Vorschriften bleiben neben jenen in Geltung, soweit sie ihnen nicht entgegenstehen; Berlin KG. 8. Okt. 94 Jahrb. **16** 384 (btr. Nr. 5; vgl. das. a), Rüd.-St. N. 3, Rotering N. 3_2.

Zu Nr. 3 u. 4.

a) Die Vorschriften der Nr. 3 u. 4 sind dazu bestimmt, gegenseitig sich zu ergänzen, und verfolgen gemeinsam den Zweck, daß alle Feuerstätten der Häuser, mögen sie bereits bestehen o. neu errichtet werden, immer u. unter allen Umständen in brandsicherem Zustande sich befinden, da nur unter dieser Voraussetzung die präventiv-feuerpoliz. Absicht erreicht werden kann; RG. I 26. Juni 82 R. **4** 621.

Unter „Feuerstätten" sind übrigens nicht bloß die zur Aufnahme des Feuers dienenden Vorrichtungen, sondern ist alles zu verstehen, was zur brandsicheren Konstruktion der Öfen u. Herde gehört; München 3. Feb. 77 St. 7 220, Frank N. III. Oppenh.-D. N. 6, 7.

b) Insbesondere durch Nr. 3 wird die „Errichtung" einer „neuen" und die „Verlegung" einer „bereits vorhandenen Feuerstätte" an einen anderen „Ort" (auch hier übereinstimmend mit der Bedeutung des Wortes im § 39; das. N. 1) von einer „polizeil. Erlaubnis" abhängig gemacht; indem diese, u. zwar für jeden Einzelfall, als unbedingt erforderlich erklärt wird (Frank N. III), soll dadurch gesichert werden, daß die Feuerstätte in feuersicherer Art angelegt bzw. verlegt werde. Daraus folgt die fortdauernde Gültigkeit älterer Polizeivorschriften, welche die Errichtung besonderer Arten von Feuerstätten von einer polizeil. Erlaubnis abhängig machen; Berlin 26. Okt. 75 O. **16** 690, Oppenh.-D. N. 5, 6b, Rüd.-St. N. 3.

Die Vornahme anderer baulicher Veränderungen einer „vorhandenen Feuerstätte" als die „Verlegung" fällt nicht unter Nr. 3 (vgl. aber Nr. 4c); Rotering N. 3_3.

Übrigens sind nur die bezeichneten Hdlgen — die „Errichtung" und bzw. „Verlegung" — mit Strafe bedroht, so daß mit deren Beendigung die Verjährung der Strafverfolgung beginnt (§ 67 N. 11); um ein sog. Dauerdelikt (das. N. 14a, 15 IIa) handelt es sich nicht; RG. IV 29. März 92 E. **22** 435, Frank N. III, Oppenh.-D. N. 6a, May in dem § 368[15] N. e zit. Aufsatz. Es ist Sache der Baupolizei durch Vornahme häufiger Revisionen die unerlaubte Errichtung von Feuerstätten 2c. festzustellen.

Als Subjekt der Übertr. sieht das Gesetz einen jeden an (vgl. „Wer"), der die Errichtung 2c. der Feuerstätte vornimmt; das können der Bauherr und der Bauleiter, der Verwalter des Hauses wie der Mieter sein und andere; so: Binding Lb. 2 30, Rotering N. 3_4; aM. Frank N. III, wie bei § 367[14] nur der Leiter des Baues.

c) Insbesondere die Nr. 4 stellt ein echtes Unterlassungsdelikt auf (so: Binding

Lb. 2 29, Alboffer Unterlassungsdel. S. 132, Rotering N. 4_4, Landsberg Kommissivdel. S. 219; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 414, es liege nur ein unechtes Unterlassungsdel. vor), indem mit Strafe bedroht wird die Zuwiderhdlg. gegen das Gebot, dafür zu sorgen, daß die bestehenden Feuerstätten „in baulichem u. brandsicherem Zustande" unterhalten und daß die Schornsteine (die an sich einen Teil der Feuerstätten bilden; s. o. N. a_2) „zur rechten Zeit" (§ 139 N. 10) gereinigt werden; ist durch PolizeiV. die regelmäßige Reinigung in bestimmten Zeitabschnitten vorgeschrieben, was zulässig ist (s. o. Nr. 3—8 N. b), so liegt in der Versäumung einer solchen Frist zugleich eine Versäumung der „rechten Zeit"; Berner S. 762.

Die Unterhaltung der Feuerstätten „in baulichem u. brandsicherem Zustande" — d. h. in einem den baulichen Anforderungen in dem Grade entsprechenden Zustande, daß die Gefahr eines Brandunglücks nicht vorliegt (Rotering N. 4_1) — begreift nicht nur die Ausbesserungspflicht für schadhaft gewordene Feuerstätten, sondern auch die Erhaltung des vorgeschriebenen Zustandes bei Vornahme von Änderungen jeder Art; deshalb wird Nr. 4 insbs. anwendbar, wenn jemand in seinem Hause eine vorher den Anforderungen entsprechende Feuerstätte, zu deren Änderung er an sich einer polizeil. Genehmigung nicht bedurfte (N. b_2), in einer Weise ändern läßt, daß sie nunmehr feuergefährlich wird; RG. I 26. Juni 82 R. 4 621. Dagegen wird die von vornherein brandunsichere Anlegung von Feuerstätten nach § 330 strafbar sein, während Binding aO. auch dagegen „unzweifelhaft" die Nr. 4 anwendbar erachtet.

Das Gebot richtet sich übrigens ausweislich der Worte „in seinem Hause" zunächst an den Eigentümer des Hauses, d. h. denjenigen, der das Haus wie ein Eigentümer besitzt, nicht also an sich an den Mieter o. Nutzungsberechtigten; München 15. Okt. 75 St. 6 86, Berner S. 722 f.; andere Personen werden durch das Gebot nur dann getroffen, wenn sie an Stelle des Eigentümers die Verfügungsgewalt über das Haus haben bzw. seine Vertreter in der Hausverwaltung sind; ähnlich: Binding aO., Oppenh.-O. N. 8, 9; weiter geht jedoch Rotering N. 4_1, nach dem „die Bestimmungen des Zivilrechts über die Verpflichtung der Hausbewohner in Beziehung auf die dem Staate geschuldeten öffentl. Leistungen" entscheiden sollen; nach Frank N. IV soll dagegen nur der Eigentümer Täter sein können.

Zu Nr. 5.

a) Daß durch Nr. 5 ein Zweig der sog. Feuerpolizei (N. a zu Nr. 3—8) als Materie i. S. des EG. § 2 (das. N 4b) ausnahmsweise abschließend habe geregelt werden sollen, ist weder nach der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, noch nach der Natur der feuerpolizeil. Vorschriften, deren Wirksamkeit von zeitlichen und örtlichen Zuständen abhängig ist, anzunehmen; RG. I 2. Nov. 82 E. 7 201. Bezüglich der fortdauernden Geltung landesrechtl. Vorschriften gilt deshalb das zu N. 3—8 N. b im allg. Bemerkte, d. h. sie sind nur ungültig, soweit sie der Nr. 5 entgegenstehen.

b) Verboten wird in Nr. 5, Räume, die zur „Aufbewahrung" (§ 367[6] N. a) feuerfangender Sachen „dienen" (vgl. § 304 N. 2 f) — denn nur unter dieser Voraussetzung kommen auch „Scheunen, Ställe, Böden" in Betracht — mit „unverwahrtem Feuer o. Licht", d. h. einem solchen, das gegen die Mitteilung u. Verbreitung nach außen nicht sicherstellt, was mit Rücksicht auf die größere o. geringere Entzündbarkeit u. Feuergefährlichkeit der in den fr. Räumen aufbewahrten Gegenstände zu beurteilen ist (RG. III 8. Jan. 06 G. 53 , Berlin 27. Sept. 77 O. 18 603, Berner S. 722, Rotering N. 5_1), „zu betreten" oder auch nur ihnen „sich zu nähern"; letztere Hdlg. bedarf notwendig einer näheren Begrenzung; verboten ist offenbar die „gefährliche Annäherung" (Berner aO.), d. h. eine Annäherung so weit, daß eine konkrete Gefahr (§ 52 N. 7) entsteht; Binding Lb. 2 28, Rotering N. 5_1. Bei dieser Alternative handelt es sich sonach um ein Gefährdungsdelikt (Nr. 3—8 N. a); das gleiche ist aber auch betreffs der ersteren Alternative anzunehmen; das Betreten eines zur Aufbewahrung feuerfangender Sachen dienenden Raumes mit unverwahrtem Feuer enthält unbedingt eine Gefährdung; Binding aO. Dabei ist „Betreten" nicht i. e. S. des Wortes zu verstehen, vielmehr hat jeder Aufenthalt in den bezeichneten Räumen mit unverwahrtem Feuer o. Licht verboten werden sollen; RG. II 4. Mai 97 E. 30 108, Binding aO. Übrigens

wird einer Sache die Eigenschaft als „feuerfangender" dadurch nicht genommen, daß sie in einem Behältnis sich befindet, das eine direkte Berührung des Feuers mit ihr zur Unmöglichkeit macht; die Eigenschaft der Sache bleibt trotzdem vielmehr objektiv die gleiche und eine Beschränkung des Zweckes der Vorschrift, nur die direkte Berührung zu verbieten, ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen; so zit. RG. E. 30 108; aM. Binding aO.

c) Unter Berücksichtigung des zu b bezüglich des Tatbestandes der Nr. 5 Gesagten i. V. mit dem zu a Bemerkten fragt es sich, wann landespolizeil. Vorschriften als „entgegenstehende" u. deshalb ungültige anzusehen sind. Am weitesten geht hierin Berlin 21. Sept. 76, 27. Sept. 77, O. 17 584, 18 603, das Polizeivorschriften, die das Tabakrauchen in den bezeichneten Räumen unbedingt untersagten, für ungültig ansieht, weil sie den Rahmen der Nr. 5 überschritten. Das geht aber zu weit (Rüd.-St. N. 5), vielmehr sind solche Polizeivorschriften mit dem zu a zit. RG., sowie mit Binding Hb. 1 319 N. 9 u. Oppenh.-D. N. 14 für gültig zu erachten, indem der Landesgesetzgbg. nicht die Befugnis entzogen ist, das „Rauchen" als solches zum Gegenstande einer PolV. zu machen, also der Übertr. aus Nr. 5 eine verwandte Übertr. zur Seite zu stellen. Binding aO. erachtet dagegen eine lokale PolV. für nichtig, die das Betreten von Scheunen selbst mit verwahrtem Lichte bedrohte, während das zit. RG. (ebenso Berner S. 722) mit Recht annimmt, daß eine PolV., wenn sie in Erfüllung des den Polizeibehörden gesetzlich zugewiesenen Berufes im Hinblick auf besondere Verhältnisse für ihren Geltungsbereich strengere Vorschriften im Gebiete des Polizeistrafrechts erlasse, als das StGB. durch Erlaß einer allgemein passenden u. notwendigen Norm berührt hat, mit letzterem sich nicht in Widerspruch setze. Es ist sonach die Straflosigkeit des Betretens von Scheunen 2c. mit verwahrtem Feuer auch nicht indirekt für zugesichert zu erachten. Bedenklich gegenüber der herrschenden Lehre als der Landesgesetzgbg. zu freien Spielraum lassend ist Frank N. V.

Zu Nr. 6 und 7.

a) Die beiden Nr. 6 u. 7 bedrohen gewisse „an gefährlichen Stellen in Wäldern o. Heiden" oder „in gefährlicher Nähe von Gebäuden o. feuerfangenden Sachen" vorgenommene Hdlgen lediglich aus dem Gesichtspunkte der Feuergefährlichkeit, wie namentl. ein Vergleich der Nr. 7 mit § 367⁸ zeigt; deshalb ist es gleich, ob das „Feuergewehr" (Nr. 7) geladen ist oder nicht; Berner S. 723, Frank N. VII, Oppenh.-D. N. 19, Rotering N. 7_1, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 150.

b) Wegen „gefährlicher Stelle" bzw. „Nähe" vgl. das zu Nr. 5a betreffs der „gefährlichen Annäherung" Bemerkte; die konkreten Verhältnisse müssen bei der Feststellg. dieses Momentes in Betracht gezogen werden (Frank N. VI, Rotering, Wagner aO.), denn auch hier handelt es sich um ein Gefährdungsdelikt; Binding Lb 2 29 u Normen 1 393 N. 40 II. Da aber — trotz der Vorsätzlichkeit der einzelnen Hdlgen — auch fahrlässige Gefährdung (s. o. Nr. 3—8 N. a) für strafbar gelten muß (Binding Lb. aO., Rotering N. 6_1, 7), so ist die Anwendung der Nr. 6 u. 7 keineswegs „durch die Kenntnis von der Feuergefährlichkeit" bedingt (so jedoch Oppenh.-D. N. 16, 18), sondern es greift vielmehr § 59_2 Platz. Werden „Gefährdungen" mit Strafe bedroht, so hat die Bestimmung auch Anwendung zu finden, wenn die Hdlgen nicht zum Vergnügen 2c., sondern zu bestimmten technischen Zwecken, wie z. B. Sprengungen, vorgenommen werden; Oppenh.-D. N. 20, Rotering N. 7_1. Ebendeshalb muß unter „Feuer-Anzünden" (Nr. 6) auch jedes Feuer- bzw. Lichtmachen verstanden werden, weil das Gefährdungsmoment dasselbe bleibt; aM. Rotering N. 6_1, Feueranzünden sei „im volkstümlichen S. des Wortes" zu verstehen. Übrigens ist der Begriff des „Feuer-Anzündens" auch da gegeben, wo jemand für das Weiterbrennen eines schon entstandenen Feuers tätig wird; RG. IV 14. Jan. 98 G. 46 114.

c) Steht die strafb. Gefährdung von Eigentum durch Feuer in Frage, so kann nicht davon die Rede sein, daß bei Ausbruch eines Feuers eine Idealkonk. mit den Brandstiftungsdelikten vorliege; die Vorschriften der Nr. 6 u. 7 gelten vielmehr im Verhältnisse zu denen der §§ 307 ff. nur subsidiär; vgl. § 73 N. 13b. Dagegen ist, z. B im Falle des Abschießens eines geladenen Feuergewehrs, Idealkonk. mit den Körperverletzungsdel.

denkbar, weil in solchem Falle die Gefährdung und Verletzung verschiedene Rechtsgüter betreffen. So in beiden Beziehungen Frank N. VII.

Zu Nr. 8.

a) Die Nr. 8 enthält ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), dessen Ausfüllung wesentl. durch landespolizeil. (vgl. jedoch GewerbeO. § 24_2) erlassene Vorschriften zu denken ist; die bestehenden sind somit, abgesehen von den Strafandrohungen (Oppenh.-D. N. 23), in Kraft geblieben; Jena OLG. 28. Juli 00 ThüringBl. 47 350. Man nimmt an (so: Berlin KG. 3. Okt. 89 G. 37 308, Oppenh.-D. N. 22, Seligsohn G. 28 220, Rotering N. 8_2), daß nur allgemeine Anordnungen in Frage kämen, nicht aber individuelle Weisungen; das scheint jedoch namentl. im Hinblick auf den zit. § 24_1 der GewerbeO. nicht richtig; soweit auf Grund allgemeiner feuerpolizeil. Vorschriften individuelle Anordnungen getroffen werden können, wird auch deren „Nicht-Befolgung" aus Nr. 8 strafbar sein (so: München ObersteLG. 28. Juni 01 E. 1 421, Binding Lb. 2 31, Frank N. VIII; auch Rüd.-St. N. 7 ist trotz Widerspruchs derselben M.); der letztere allgemeine Ausdruck (vgl. § 145 N. 3) ist gewählt, weil erst aus dem Inhalte der btr. „feuerpolizeil. Anordnung" ersichtlich, welches Handeln bzw. Unterlassen strafbar sei (Rotering N. 8_3); im Zweifel wird allerdings auch fahrlässige Übertr. strafbar sein (zit. Jena; vgl. auch München ObersteLG. 11. Nov. 02 E. 3 87); es läßt sich aber nicht allgemein mit Oppenh.-D. N. 23 der Satz aufstellen, daß ein bewußt unbefugtes Handeln nicht erfordert werde.

b) Der Begriff der „feuerpoliz. Anordnungen" umfaßt nicht bloß die unmittelbar auf die Löschung eines Feuers Bezug habenden Maßregeln, sondern auch alle die Vorkehrungen, welche bezüglich der Organisation des Feuerlöschwesens zu treffen sind, also namentl. auch die Beteiligung bei den durch eine ordnungsmäßig erlassene FeuerlöschO. vorgeschriebenen Übungen bzw. die Zwangspflicht, in die Feuerwehr einzutreten und die Erfüllung der daraus sich ergebenden Obliegenheiten; München 14. Nov. 73, 21. Aug. 74, St. 3 249, 4 219, Berlin KG. 4. Juni 88 Jahrb. 8 236 (btr. Teiln. an den Übungen der Feuerwehr), das zu a zit. Jena, Berner S. 723, Frank N. VIII; vgl. aber auch Berlin KG. 6. Nov. 02 Jahrb. 25 C 43 (Pr. PolV. könnten wohl die Richtleistung der kommunalen Feuerlöschpflicht, nicht aber die Disziplin innerhalb der Feuerwehr regeln).

c) In dem ersten Teile der Nr. 8 ist der Inhalt der zu erlassenden Anordnung genau wiedergegeben (Binding Normen 1 69 N. 20); es handelt sich um die Zuwiderhdlg. gegen ein Gebot, also um ein echtes Unterlassungsdel.; so: Binding Lb. 2 31, Rotering N. 8_2; aM. Sturm Unterlassungsdel. S. 415.

Zu Nr. 9.

a) Es handelt sich um einen Eingriff in ein fremdes Privatrecht an Grundstücken, nämlich das im Eigentum liegende Ausschließungsrecht anderer; Berner S. 723, Rotering N. 9_1. Somit steht ein Verletzungsdelikt in Frage; Binding Lb. 1 124 N. 2. Folgeweise ist, da ein anderes nicht angedeutet ist (T. I Abschn. 4 N. 4_2), nur die vorsätzliche Zuwiderhdlg. strafbar, derartig, daß der Täter im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit bzw. bewußt „unbefugt" (§ 123 N. 14) gehandelt haben muß; Berlin KG. 29. Jan. 85 Jahrb. 5 406, München OLG. 13. Feb. 88 E. 5 21, Frank N. IX, Oppenh.-D. N. 24, Rotering N. $9_{1,2}$, der jedoch mit Recht auf das tatsächlich häufige Vorkommen des eventuellen Dolus (§ 59 N. 6), der auch hier ausreicht, hinweist. Andererseits kann das Bewußtsein der mangelnden Befugnis leicht fehlen bei der bloßen Überschreitung einer zustehenden Befugnis; so außer dem zit. Berlin KG. u. Frank aO. auch Dresden 17. Okt. 73 St. 4 75, das im übrigen, ebenso wie Oppenh.-D. aO., zu Unrecht bestreitet, daß das Überschreiten einer Befugnis der fehlenden Befugnis an sich gleichstehe.

b) Im einzelnen ist zu bemerken:

α) „Gärten" und „Weinberge" sind unbedingt geschützt. „Wiesen" und „bestellte Äcker", d. h. besäete o. bepflanzte, nicht etwa bloß umgepflügte, Äcker (Berner S. 724, Oppenh.-D. N. 28, Rotering N. 1_1) bis zur „Beendigung der Ernte" (Wiesen also bis nach dem 2. Schnitt; Oppenh.-D. N. 27), endlich „Äcker u. Wiesen" außerdem sowie „Weiden u. Schonungen" dann, wenn sie „mit einer Einfriedigung versehen sind" oder deren Betreten

in erkennbarer und verständlicher Weise seitens des dazu berechtigten Privaten (Berlin 27. April 76 G. 24 470, Berner S. 724, Rotering N. 9_1) „durch Warnungszeichen untersagt ist“, endlich „Privatwege“ (es handelt sich eben nur um den Schutz des Privateigentums), die in gleicher Weise geschlossen sind. Darüber, inwiefern ein Friedhof als ein „Acker“ o. „Garten“ angesehen werden kann, vgl. RG. II 20. Jan. 03 G. 50 130.

Soweit es um „mit einer Einfriedigung versehene Grundstücke“ sich handelt, schließt diese gegen den von Ziebarth Forstr. S. 394 sog. Feldfriedensbruch gerichtete Sonderbestimmung den § 123 (das. N. 5_2, $_3$) aus; aM. Binding Lb. 1 124 N. 2, das Gesetz wolle nicht den leichten Hausfriedensbruch fernab vom Hause privilegieren, vielmehr handele es sich um eine strafb. Besitzstörung.

β) Die in Betracht kommenden Hdlgen sind als solche durchweg vorsätzliche; deshalb ist das bloße „Übertreten von Vieh“ nicht dem „Viehtreiben“ gleichzustellen und fällt nicht unter Nr. 9; Berner S. 724, Oppenh.-D. N. 31. Übrigens handelt es sich keineswegs nur um Benutzung eines Grundstückes als Weg, vielmehr findet Nr. 9 auch bei einem bloßen Betreten des Grundstückes, dem Hinschreiten auf einem Teil desselben, Anwendung; Jena 17. Dez. 73 St. 4 219, Berner aO., Oppenh.-D. N. 24a. Deshalb kann auch die Benutzung einer Landfläche über die Ufergrenze eines öffentl. Flusses hinaus da, wo sie — wie im Gebiete des GR. (vgl. EGBGB. Art. 65) — unerlaubt ist, unter Nr. 9 fallen; Berlin KG. 29. Jan. 85 Jahrb. 5 406.

γ) Das Gehen 2c. über fremde Gärten 2c. kann aus mannigfachen Gründen ein befugtes sein; so namentl. bei Ausübung eines Notwegerechtes (ROHG. 12. Sept. 73 E. 11 28; vgl. jetzt BGB. §§ 917 ff., auch § 904) oder eines Jagdrechts (München OLG. 6. Apr. 95 E. 8 302) oder einer Fahrgerechtigkeit (Berlin KG. 14. Feb. 95 Jahrb. 16 387). Dagegen gibt der Umstand, daß früher über den Acker 2c. ein öffentl. Weg führte, der aber, obschon vielleicht nicht zuf. eines zu Recht bestehenden Verfahrens, tatsächlich aufgehört hat, ein solcher zu sein, keine Befugnis; München OLG. 16. Apr. 98 E. 10 39.

Zu Nr. 10.

a) Die Strafe ist angedroht, weil der Zuwiderhdlg. möglicherweise eine Vorbereitung o. ein Versuch des unberechtigten Jagens zugrunde liegen kann (Binding Lb. 1 332 u. Normen 1 403 N. 22), bzw. weil daraus die Verübung eines Jagdverg. sich leicht ergeben kann — allein die Strafe tritt unbedingt ein, auch dann, wenn z. B. diese Möglichkeiten durch die Persönlichkeit des „Betroffenen“ ausgeschlossen sind; dsgl. bei dem positiven Nachweise, daß der Betroffene gar nicht jagen wollte (Colmar OLG. 19. Jan. 84 Franz Rechtspr. 1 51, Frank N. x), endlich auch, wenn der Betroffene lediglich dem freien Tierfange unterliegende Tiere fangen wollte. Es liegt in der Hdlg. an sich weder ein Eingriff in das Recht des Jagdberechtigten (so jedoch RG. II 31. Mai 81 R. 3 352), noch sonst eine Privatrechtsverletzung (so aber Rotering N. 10_1), namentl. kein Eingriff in das Eigentum wie im Falle der Nr. 9. Es handelt sich vielmehr um die Übertr. einer jagdpolizeilichen Vorschrift (so nicht nur das zit. Colmar, sondern auch wiederholt das zit. RG.), somit um ein reines Polizeidelikt (Abschn. 29 N. 2_2), bei dem auch die nur fahrlässige Übertr. für strafbar zu erachten ist; München OberstesLG. 23. Juni 02 E. 2 429. Eine solche kann in Gemäßheit des § 59_2 namentl. eintreten bei Irrtum über die zustehende Befugnis, insbs. bei irrtümlicher Überschreitung des eigenen Jagdgebietes; so: RG. I 18. Mai 05 E. 38 104, Darmstadt OLG. 26. Juni 96 G. 44 174, Rüd.-St. N. 14; aM.: Berlin KG. 5. Okt. 91 G. 39 356, Berner S. 725, Binding aO., Frank N. x, Oppenh.-D. N. 36, 41, Rotering N. 10_1, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 214, die sämtlich „bewußt unbefugtes“ Zuwiderhandeln verlangen (s. u. f).

b) Diese letztere Ansicht reiht den Tatbestand der Nr. 10 den Verletzungen des Jagdrechtes ein; es findet aber jene Anwendung, „wenn der Betreffende auch nicht jagend betroffen wird“. Die Wortfassung ist nicht genau; gemeint ist, daß der Betroffene die Jagd unbefugt nicht ausgeübt habe; hat er das getan, so finden die §§ 292 ff. Anwendung; die Strafbestimmungen schließen einander aus; RG. I 24. Mai 86 R. 8 378; vgl. dagegen III. 10. Juni 82 E. 6 375 btr. einen Fall der Anwendung der Nr. 10, weil

die Jagdausübung insofern eine befugte war, als der auf fremdem Jagdgebiet Stehende von dort aus das auf sein Jagdgebiet übertretende Wild erlegen wollte. Deshalb ist auch Idealkonk. (§ 73) unmöglich; so: RG. IV 29. Jan. 86 E. 13 270, Frank N. x; aM.: Berlin OLG. 5. Juli 73 St. 3 43, Oppenh.-D. N. 44. Wohl aber kann Nr. 10 Anwendung finden bei einer, sonst straflosen, Vorbereitung des unberechtigten Jagens; RG. III 15. Jan. 85 E. 11 421.

c) Für den Begriff des „fremden Jagdgebietes" ist nicht das Eigentumsrecht an Grund und Boden entscheidend, sondern vielmehr nach dem Zwecke der Bestimmung das Bestehen der Jagdberechtigung eines anderen an dem btr. Gebiete. Demnach ist es (vgl. jedoch N f) gleichgültig, ob der Betroffene als Eigentümer oder sonst an sich zum Betreten des Gebietes berechtigt ist; Colmar OLG. 19. Jan. 84 Franz Rechtspr. 1 51. Übrigens bleibt der Grund u. Boden „Jagdgebiet", wenn auch die Jagd zufolge jagdpoliz. Vorschriften auf ihm zu ruhen hat. Für den an sich dort Jagdberechtigten ist aber ein solches Jagdgebiet, auch trotz des Ruhens der Jagd, kein „fremdes"; Oppenh.-D. N. 37.

d) Wenn das „Betroffenwerden" auf fremdem Jagdgebiete mit Strafe bedroht ist, so liegt auch hier ein ungenauer Wortausdruck vor (s. o. b); gemeint ist vielmehr die Hdlg. des Betretens, mag der Nachweis dafür auch in anderer Weise als durch Augenzeugen geführt werden; so: RG. II 31. Mai 81, III 19. Okt. 85, R. 3 352, 7 594, Berner S. 725, Geyer 2 53, Frank N. x, Oppenh.-D. N. 42, Beling Verbrechen S. 61; vgl. auch Berlin KG. 4. Jan. 86 Jahrb. 6 274 btr. der gleichen Wendung im § 49[1] des PrFischereiG. v. 30. Mai 1874 (es handele sich nur um eine „Beweisfrage"); aM. Binding Lb. 1 352 (ausschließlich die „handhafte Tat" werde bestraft).

e) Das Betreten fremden Jagdgebietes (N. c, d) ist nur strafbar unter zwei positiven Voraussetzungen, die kumulativ zusammentreffen müssen:

α) Der Täter muß „zur Jagd ausgerüstet" sein. Es ist fraglich, ob hiermit eine Ausrüstung zur Jagd i. e. S., d. h. in dem der §§ 292 ff., gemeint sei oder ob darunter auch eine Ausrüstung zur Jagd auf nicht jagdbare wilde Tiere verstanden werden müsse. Für die letztere, von Berger PrWildschadenG. § 15 N. 4 u. Dickel ZForstJagdwesen 26 38 ff. vertretene, Ansicht beruft man sich wesentlich auf die Entstehungsgeschichte aus PrStGB. § 347[11] bzw. dem diesem zugrunde liegenden PrALR. II 16 §§ 30 ff., glaubt auch auf RG III 1. Okt. 81 E. 5 85 sich berufen zu können. Allein schon die PrPraxis verstand unter „Wild" im zit. § 347[11] nur „jagdbare wilde Tiere" (vgl. Oppenh. PrStGB. § 347[11] N. 40), und das zit. RG. entscheidet diese Frage nicht, spricht vielmehr lediglich nebenbei aus, daß nicht-jagdbare wilde Tiere nur der Jagdberechtigte in seinem Reviere aufsuchen und Jagden darauf anstellen dürfe. Letzteres ist, insofern es eine Jagdausrüstung voraussetzt und regelmäßig jede zur Jagd auf wilde Tiere bestimmte Ausrüstung (eine solche zum Fangen von Käfern, Schmetterlingen und anderen Tieren, die als „wilde" nicht bezeichnet werden, kommt nicht in Betracht) auch eine solche zur Jagd auf jagdbare wilde Tiere sein wird, zutreffend, da es für die Anwendung der Nr. 10 auf den Zweck, den der in der Jagdausrüstung Betroffene verfolgt, nicht ankommt. Aus eben diesen Gründen entbehrt die Frage überhaupt einer hervorragenden praktischen Bedeutung. Ev. wird, z. B. beim Betreten mit einer nur zur Jagd auf Füchse geeigneten Ausrüstung in einem Landesteile, wo der Fuchs nicht jagdbar ist (§ 292 N. 5 II), die Anwendung der Nr. 10 zu verneinen sein; da es hier um eine reichsrechtliche Bestimmung sich handelt, für die eine Abweichung von dem Begriffe der „Jagd" i. S. der §§ 292 ff. nicht erhellt; so anscheinend auch Berlin KG. 23. Jan. 93 G. 40 346 sowie Bauer PrWildschadenG. S. 66. Im übrigen ist „zur Jagd ausgerüstet", wer ein zur Jagdausübung geeignetes Werkzeug, insbs ein Schießgewehr, in einem solchen Zustande mit sich führt, daß von ihm bei sich darbietender Gelegenheit sofort zum Zwecke der Ausübung der Jagd Gebrauch gemacht werden kann; das trifft auch bei dem zu, der selbst nur mit Schießbedarf versehen ist, sein Gewehr aber durch einen Begleiter so tragen läßt, daß er es ihm jederzeit abnehmen und zur sofortigen Jagdausübung bereit machen kann; München OLG. 14. März 99 E. 10 185. Keineswegs braucht die Jagdausrüstung des Täters augenfällig zu

sein; RG. I 7. Jan. 84 E. 9 412, Berner S. 725, Binding Lb. I 332, Frank N. x. In der Praxis des RG. ist dieser Tatumstand bejaht: bei jemandem, der ein Schießgewehr u. das dazu gehörige Schießmaterial bei sich führte, obgleich der Hahn zur Ruh gestellt oder selbst das Gewehr ungeladen war (zit. E. 9 412), ja sogar für den Fall, daß das ungeladene Gewehr noch am Schlosse umbunden war; II 4. Nov. 87 R. 9 556.

β) Der so zur Jagd Ausgerüstete muß das fremde Jagdgebiet betreten haben „außerhalb des öffentlichen, zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges". Hiernach entfällt die Strafbarkeit nicht unbedingt schon dann, wenn der Ausgerüstete auf einem „öffentlichen Wege" (§ 116 N. 2), wozu auch schiffbare Wasserläufe gehören (Colmar OLG. 22. Sept. 90 G. 39 183), sich befunden hat, sondern nur sofern der btr. Teil des öffentl. Weges zugleich „zum gem. Gebrauch bestimmt" ist; so hat RG. III 12. Juli 87 E. 16 203 mit Recht angenommen, daß Seitengräben eines öffentl. Weges, auch wenn sie, wie z. B. im Königreich Sachsen, dessen Zubehör seien, dennoch zum gem. Gebrauch nicht „bestimmt", d. h. gewidmet (§ 243 N. 32) seien. Nicht entscheidend ist dagegen, ob der öffentl. Weg auch zeitweilig dem öffentl. Verkehr „dient" (§ 304 N. 2f) oder etwa wegen Ausbesserung rc. ihm vorübergehend entzogen ist. Der Grund, weshalb jemand von dem zum gem. Gebrauche dienenden Wege abgewichen ist, so z. B. die Absicht, vor dem Förster sich zu verbergen, ist gleichgültig; RG. II 31. Mai 81 R. 3 352. Bahnanlagen der freien Strecke, insbs. Eisenbahndämme, sind der Regel nach nicht zugleich zur Benutzung als Weg bestimmt (vgl. EisenbahnB.- u. BO. v. 4. November 1904 § 78); soweit eine Ausnahme nicht vorliegt, greift daher Nr. 10 Platz, falls nicht Genehmigung des Vertreters des jagdberechtigten Fiskus erteilt ist; der Umstand, daß die Jagd dort ruht, ändert daran nichts; aM. Binding Lb. I 326, der zweifelt, ob Nr. 10 überhaupt auf einen auf einem Bahndamm Betroffenen Anwendung finde, jedenfalls aber das Betroffenwerden auf dem Gebiete eines Jagdberechtigten verneint. Die Erlaubniserteilung zum Betreten der Anlagen gemäß dem zit. § 78 als solche ist ohne Einfluß; vgl. Binding aO. N. 1.

f) Zu den positiven Erfordernissen (e) tritt noch das negative hinzu, daß das Betreten erfolgt sein muß entweder „ohne Genehmigung des Jagdberechtigten" (§ 292 N. 14) oder „ohne sonstige Befugnis" (§ 123 N. 14), mit welch letzterem Zusatz nach den Motiven der Fall berücksichtigt werden sollte, wo der Täter zwar nicht mit Genehmigung des Jagdberechtigten (die übrigens nicht ausdrücklich erteilt zu werden braucht; Binding Hb. I 716), aber „auf Grund einer gesetzlichen oder anderen Befugnis" über das fremde Jagdgebiet geht; vgl. BGB. §§ 904, 917 ff. In dieser Beziehung hat RG. I 26. Sept. 87 E. 16 197 (allgemein, nicht bloß für das in Elsaß-Lothringen geltende Recht) ausgesprochen, daß es als in der Berechtigung eines Gemeindeförsters begründet angesehen werden müsse, bei Ausübung des Forstschutzes auch in Jagdausrüstung Privatjagdgebiet außerhalb des Weges zu betreten, wenn er dazu besondere Veranlassung habe (eine früher in Preußen bestandene gegenteilige Ansicht habe auf der vom RG. verworfenen — vgl. § 117 N. 9 — Annahme beruht, daß der Forst- und Jagdbeamte nur bei Vornahme des Forstschutzes innerhalb seines Bezirkes als im Amte befindlich zu betrachten sei). Vgl. auch München OLG. 18. Apr. 93 E. 7 421 btr. einen Fall der berechtigten Annahme der Genehmigung des Jagdberechtigten als selbstverständlich.

g) Wg. des Verhältnisses der Nr. 10 zum PrWildschadenG. v. 11. Juli 1891 § 15 vgl. das § 292 N. 5 aE. zit. RG. E. 24 326.

Zu Nr. 11.

a) Die Nr. 11 ist nur noch in Kraft, soweit sie auf „Eier" und „Junge" von „jagdbarem Federwild" (§ 292 N. 5) sich bezieht, nicht dagegen auf solche von „Singvögeln"; denn auf diese findet das G. btr. den Schutz von Vögeln v. 22. März 1888 Anwendung, das zwar nicht auf den Schutz von Singvögeln sich beschränkt, dessen Bestimmungen aber auf die „nach Maßgabe der Landesgesetze jagdbaren Vögel" keine Anwendung finden; so: Frank N. xi, Oppenh.-D. N. 50, Dalcke Jagdr. S. 268 N. 14; aM. Binding Lb. I 332 N. 4, es sei Nr. 11 durch das G. unberührt geblieben.

b) Die „Eier" von jagdbarem Federwild sind nicht Gegenstand des Jagdrechtes (un-

richtig deshalb Binding Normen I 345 N. 10, soweit seine Bemerkung auf diese sich bezieht), wohl aber die „Jungen" (§ 292 N. 6, 7a), worunter nur solche jagdbare Vögel zu verstehen sind, die noch im Neste sich befinden, denn nur auf solche paßt der Ausdruck „ausnehmen"; Oppenh.-D. N. 48, Rotering N. 11_1, Wagner Jagdgesetzgbg. S. 214. Insofern also die letzteren den Angriffsgegenstand bilden, findet die mildere Strafvorschrift der Nr. 11 als speziellere Anwendung, nicht aber die der §§ 292 ff.; Oppenh.-D. N. 47, Rotering, Wagner aO.

c) Das „Ausnehmen" ist nur strafbar, sofern es „unbefugt" (§ 123 N. 14) geschieht; dieses Wort ist vom RT. hinzugefügt, wesentlich um die landesgesetzlichen Bestimmungen aufrechtzuerhalten, die ausnahmsweise das Ausnehmen gestatten, wie z. B. § 5_4 des Pr. WildschonG. v. 14. Juli 1904 den Jagdberechtigten für befugt erklärt, diejenigen Eier, die ausgebrütet werden sollen, auszunehmen.

d) Das Delikt ist ein Verletzungsdelikt, das Vorsatz, namentl. auch Bewußtsein der fehlenden Befugnis, erfordert (Frank N. II, Rotering N. 11_1); verletzt werden teils Privatrechte, teils öffentliche Interessen.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 369.

Mit Geldstrafe bis zu einhundert Mark oder mit Haft bis zu vier Wochen werden bestraft:

1) Schlosser, welche ohne obrigkeitliche Anweisung oder ohne Genehmigung des Inhabers einer Wohnung Schlüssel zu Zimmern oder Behältnissen in der letzteren anfertigen oder Schlösser an denselben öffnen, ohne Genehmigung des Hausbesitzers oder seines Stellvertreters einen Hausschlüssel anfertigen, oder ohne Erlaubniß der Polizeibehörde Nachschlüssel oder Dietriche verabfolgen;
2) Gewerbtreibende, bei denen zum Gebrauche in ihrem Gewerbe geeignete, mit dem gesetzlichen Eichungsstempel nicht versehene oder unrichtige Maße, Gewichte oder Waagen vorgefunden werden, oder welche sich einer anderen Verletzung der Vorschriften über die Maß- und Gewichtspolizei schuldig machen;
3) Gewerbtreibende, welche in Feuer arbeiten, wenn sie die Vorschriften nicht befolgen, welche von der Polizeibehörde wegen Anlegung und Verwahrung ihrer Feuerstätten, sowie wegen der Art und der Zeit, sich des Feuers zu bedienen, erlassen sind.

Im Falle der Nr. 2 ist neben der Geldstrafe oder der Haft auf die Einziehung der vorschriftswidrigen Maße, Gewichte, Waagen oder sonstigen Meßwerkzeuge zu erkennen.

PrStGB. § 348 1—3. Entw. I § 355 1—3, II § 365 1—3.

Entw. d. StGB. Art. I § 369. Aktenst. 1875/76 Nr. 54. StB. 1875/76 S. 1003.

Zu Nr. 1.

a) Subjekte der aus Nr. 1 strafb. Hdlgen sind „Schlosser", d. h. nach der GR. nur solche Personen, die gewerbsmäßig Schlosserarbeiten verrichten, freilich ohne Rücksicht darauf, ob der Betreffende Meister o. Geselle, ob er das Handwerk ordnungsmäßig erlernt hat oder nicht, ob er es ausschließlich o. nur als Nebengewerbe betreibt; Frank N. II, Meves N. 1.

Sind im Gewerbebetriebe Stellvertreter bestellt (GewerbeO. § 45), so greift auch die — auf die Strafvorschriften der GewerbeO. nicht beschränkte (vgl. Kayser-Steiniger GewerbeO. 3. Aufl. § 151 N. 3) — auf der Nov. v. 1. Juni 1891 beruhende Vorschrift des

§ 151 Abs. 1 das. Platz, wonach die strafrechtl. Haftung des gewerbetreibenden Schlossers selbst zwar eingeschränkt, die Haftung selbst aber auf andere Personen ausgedehnt wird, worauf bereits früher die Bestrebungen gerichtet waren (vgl. RTVerhandlungen v. 18. Mai 1887 (StB. I. Session 1887 Bd. 2 S. 639 ff.); so namentl. Frank N. 1, unter Ausdehnung seiner nur auf Nr. 2 u. 3 bezüglichen Bemerkung in ZStrW. 14 435 auf Nr. 1; vgl. übrigens u. Nr. 2 N. a_2.

b) Der erste Mischtatbestand dieser Nr. erfordert ein Handeln — das „Anfertigen von Schlüsseln ꝛc." — entweder „ohne obrigkeitliche Anweisung" oder „ohne Genehmigung des Inhabers einer Wohnung". Jene kann im Gesetze erteilt sein, so in ZPO. § 758_2 den Gerichtsvollziehern, sie kann aber auch seitens der dazu berechtigten Behörde — die keineswegs eine „Polizeibehörde" (N. d) sein muß — im Einzelfalle erteilt sein. Diese, die Genehmigung, kann seitens desjenigen, der die Wohnung tatsächlich innehat (Meves N. 3), auch stillschweigend erteilt worden sein (Meves N. 4).

c) Der zweite Mischtatbestand erfordert ein Handeln „ohne Genehmigung des Hausbesitzers oder seines Stellvertreters"; hier gilt ganz entsprechendes wie bezüglich der „Genehmigung des Wohnungsinhabers" (b), weshalb namentl. der „Hausbesitzer" nicht der „Hauseigner" zu sein braucht (Berner S. 727). Für die Eigenschaft als „Hausschlüssel" ist lediglich entscheidend, ob er zur Öffnung der „Haustür" bestimmt ist, gleichgültig, ob er auch etwa noch Stockwerkschlüssel ist bzw. als Hauptschlüssel dient; Meves N. 6, Oppenh.-D. N. 3, Rotering N. 1_1. Aber auch in solchen Fällen genügt zur Anfertigung eines neuen Schlüssels an Stelle eines etwa verlorenen nicht die Genehmigung des Inhabers des btr. Stockwerks; Oppenh.-D. N. 2, Rotering aO.

d) Der dritte Mischtatbestand erfordert die „Verabfolgung" (die nicht nur durch ein Veräußern, sondern auch durch ein Leihen geschehen kann; Meves N. 7) von „Nachschlüsseln" (d. h. falschen Schlüsseln; § 243³ N. 34) und „Dietrichen", und zwar „ohne Erlaubnis der Polizeibehörde" (§ 367³ N. e), die nach Lage der Sache nur als ausdrückliche, wenn auch formlose, gedacht werden kann.

e) Sämtliche Delikte der Nr. 1 tragen einen rein polizeilichen Charakter an sich; es handelt sich um Vorschriften, die im sicherheitspolizeilichen Interesse, insbs. zum Schutze des Eigentums, wesentlich — aber nicht ausschließlich — gegen diebische Angriffe gegeben sind; v. Liszt S. 615 f., Frank N. 1 sowie Binding Lb. 1 301 N. 2 u. Normen 1 403 N. 10, es handele sich um mögliche Vorbereitungs- bzw. Gehilfenhdlgen zum Diebst. aus § 243³; vgl. auch v. Kries ZStrW. 7 571 f., der gerade, weil der Täter den Schlüssel ꝛc. auch zu anderen als diebischen Zwecken anfertigen lassen könne, Konkurrenz zwischen Diebstahl und der Übertr. aus § 369¹ bzw. der Anstiftung zu dieser mit Recht für möglich hält.

Demgemäß erscheint durchweg auch fahrlässiges Zuwiderhandeln strafbar (Abschn. 29 N. 2_2), z. B. bei irrtümlicher Annahme der erforderlichen Genehmigung; so Frank N. II, auch wohl Meves N. 5 (der Einwand, in gutem Glauben gehandelt zu haben, schütze nicht), ferner Rotering N. 1_2 btr. des dritten Mischtatbestandes; aM. dagegen N. 1_1 btr. der beiden anderen Tatbestände, in denen er „Privatrechtsverletzungen" bedroht sieht; allein die Verletzungen des Sacheigentums, des Hausfriedens ꝛc. unterstehen als solche anderen Strafbestimmungen.

Zu Nr. 2, einschließlich des Absatzes 2 des §.

a) Subjekte der aus Nr. 2 strafb. Hdlgen sind solche „Gewerbetreibende", d. h. Personen, die einen auf Erwerb gerichteten Beruf betreiben (§ 222 N. 7 Ic), — also nicht etwa bloß Gewerbetreibende, deren Betrieb den Vorschriften der GewerbeO. unterliegt, wie Handelstreibende (Meves N. 9, v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 1), sd. z. B. auch Landwirte (vgl. Stettin, Posen OLG. 23. Dez. 92, 1. Apr. 99, G. 40 354, 46 463; aM. v. Schicker aO.), die in ihrem Gewerbe zu messen und zu wägen haben, folglich „Maße, Gewichte o. Wagen gebrauchen" (N. e); Binding Lb. 2 338. Ob des „Gewerbe" das ganze Jahr hindurch ununterbrochen ausgeübt wird, erscheint gleichgültig; deshalb gehören zu jenen „Gewerbetreibenden" auch Hotelbesitzer und Pensionshalter, die ihr Hotel ꝛc. einen Teil des Jahres hindurch geschlossen halten (München 15. Feb. 76 St. 6 87), ferner

die Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften, weshalb die nach § 24 des GenG. zur Vertretung berufenen Personen aus Nr. 2 strafrechtlich haften; München ObersteLG. 22. Feb. 00 E. 1 27; so nach der jetzigen Fassung der GewerbeO. § 33, nach Hinzufügung der Abs. 5 u. 6 zuf. Nov. v. 6. August 1896; früher lag die Sache anders; vgl. Jena OLG. 19. März 95 G. 43 63; diese Änderung der Gesetzgebung bleibt unbeachtet bei Oppenh.-D. N. 11. Im übrigen vgl. u. N. d.

Was über die Anwendbarkeit des § 151_1 der GewerbeO. o. zu Nr. 1 N. a_2 bemerkt ist, gilt entsprechend auch hier; so, außer Frank N. I, auch das zit. Stettin OLG., sowie hier selbst Binding Lb. 2 30 (trotz S. 746 N. 5 das., unmöglich könne GewerbeO. § 151 auf Bestimmungen des StGB. bezogen werden!); das zit. Stettin OLG. geht wohl hinsichtlich der strafrechtl. Haftung des Stellvertreters noch weiter, wie auch Hamburg OLG. 26. Okt. 99 S. Hans. OLG. v. 1905 S. 13 (unter einem „Gewerbetreibenden" sei nicht nur der selbständige zu verstehen, sd. auch eine Person, die zwar nicht selbständig sei, das Gewerbe aber tatsächlich, wenn auch im Namen u. für Rechnung eines anderen betreibe).

b) Die strafb. Hdlg. besteht in einer „Verletzung" der „Vorschriften über die Maß- u. Gewichtspolizei"; es liegt also ein sog. Blankettstrafgesetz vor (§ 145 N. 1), dessen Ausfüllung gemäß Art. 4^3 RV. durch eine reichsrechtliche Norm zu geschehen hat. Gerade mit Rücksicht darauf, daß es um ein Blankettstrafgesetz sich handelt, rechtfertigt sich auch der Gebrauch des farblosen Ausdruckes „Verletzung" (§ 145 N. 3). Wenn die Wendung „einer Verletzung sich schuldig machen" (vgl. § 94 N. 4) an sich auch gleichbedeutend ist mit „verletzen" (vgl. §§ 327, 361^9), so ist doch jedenfalls soviel dadurch klargestellt, daß auch die Übertr. aus § 369^2, wie alle strafb. Hdlgen des StGB. (T. I Abschn. 4 N. 2), eine Schuld erfordert; daraus ergibt sich die wichtige Folgerung, daß auch der besondere Tatbestand des „Vorfindens unrichtiger Meßwerkzeuge" (N. e) ein schuldvolles Verhalten des Gewerbetreibenden erfordert, daß die Tatsache des Vorhandenseins solcher Meßwerkzeuge allein, die auf bloßem Zufall oder auf Schikane Dritter beruhen kann, zur Bestrafung nicht ausreicht; denn auch hier handelt es sich nach den Gesetzesworten selbst („sich einer anderen Verletzung .. schuldig machen") um eine verschuldete Verletzung der qu. polizeilichen Vorschriften; so: Binding Lb. 2 338, Frank N. III, Rotering N. 2_1, Weingart SächsGZ. 23 173; aM.: München 3. Dez. 72, St. 2 135, Meves N. 17, Oppenh.-D. N. 18. Da aber ein reines Polizeidelikt in Frage steht (vgl. Binding Normen I 403 N. 22, mögliche Vorbereitungs- bzw. Gehilfenhdlg., näml. zum Betruge), so ist auch die bloß fahrlässige Übertr. strafbar (Abschn. 29 N. 2_2); so: Frank aO., Rotering N. $2_{1,2}$; aM. v. Schwarze N. 2, insofern er zur Bestrafung Kenntnis des Inhabers von der Unrichtigkeit verlangt. Dementsprechend findet auch § 59 Anwendung, soweit nicht die etwaige Unkenntnis durch Fahrlässigkeit selbst verschuldet ist; so Rotering N. 2_1; aM. Oppenh.-D. N. 18.

c) Die „Vorschriften über die Maß- u. Gewichtspolizei" beziehen sich allgemein auf „Meßwerkzeuge", welcher Ausdruck im Abs. 2 des §. gerade mit Rücksicht auf seine Allgemeinheit gewählt ist; so die Motive zur StGN. Art. I § 369, nach denen außer „Maßen, Gewichten und Wagen" namentl. in Betracht kommen: Alkoholometer und die dazu gehörigen Thermometer sowie Gasmesser.

Die bezüglichen reichsrechtlichen Normen sind insbs. die Maß- und GewichtsO. für den Norddeutschen Bund v. 17. Aug. 1868 — durch G. v. 16. Apr. 1871 § 2 zum ReichsG. erhoben sowie durch G. v 19. Dez. 1874 § 1 u. bzw. V. v. 22. März 1891 Art. I Nr. VI in Elf.Lothr. u. bzw. in Helgoland und, abgesehen von den Artt. 15—20, an deren Stelle die Artt. 11 u. 12 des BayerG. v. 29. Apr. 1869 in Kraft bleiben, durch G. v. 26. Nov. 1871 als ReichsG. in Bayern eingeführt — nebst den Ergänzungsges. v. 10. März 1870 u. v. 7. Dez. 1873 sowie den Abänderungsges. v. 11. Juli 1884 u. 26. Apr. 1893.

Von der Kais. Normal-Eichungs-Kommission ist auf Grund gesetzlicher Ermächtigung die EichO. f. d. DR. v. 27. Dez. 1884 (RGBl. 85 Beil. zu Nr. 5) erlassen worden; bezüglich deren zahlreichen Ergänzungen vgl. Sachregister zum RGBl. „EichO." („AichO.").

In Bayern gilt die auf Grund des dortigen Sonderrechts erlassene EichO. v. 1. August 1885 (Bayern GuVBl. S. 446) nebst den späteren Abänderungen.

Wg. einer Streitfrage, ob strafb. Verletzung einer Vorschrift der Maß- u. Gewichtspolizei vorliege, s. u. e II β 1.

d) Was den im 1. Satz der Nr. 2 hervorgehobenen besonderen Tatbestand anbetrifft, so kann nach dem Ausdrucke „vorgefunden" nicht zweifelhaft sein, daß schon der bloße Besitz unrichtiger Meßwerkzeuge mit Strafe bedroht wird (allerdings nur der schuldvolle Besitz; s. o. b), daß es dagegen auf die Verwendung solcher Werkzeuge im Gewerbebetriebe nicht ankommt; so: Colmar OLG. 7. Apr. 91 G. **39** 357, München OLG. 20. Mai 97 E. **9** 251, Dresden OLG. 11. Nov. 97 SächsA. **19** 128, Oppenh.-O. N. 16, Rotering N. 21, Köbner Einziehung S. 19; aM. Frank N. III. Das Vorfinden muß jedoch stattgefunden haben „bei dem Gewerbetreibenden", als solchem, weshalb das Vorfinden in den von den Geschäftsräumen völlig getrennten Privaträumen des Gewerbetreibenden zur Bestrafung nicht führen kann; so Oppenh.-O. N. 17; dagegen will Frank aO. die Nr 2 nur anwenden, wenn die unrichtigen Meßwerkzeuge vorgefunden werden, „an den Orten, an welchen der Gewerbtreibende öffentlichen Verkehr pflegt, d. h. dem Publikum Gegenstände ab- u. zuwägt 2c.", weshalb der Fabrikant u. Grossist im allg. nicht unter Nr. 2 falle; so auch Berlin 17. Mai 73 St. **2** 365 u. auch wohl 8. Apr. 73 O. **14** 267 mit dem Erfordernis, daß das Meßwerkzeug sich im „öffentl. Verkehr befunden haben müsse"; ähnlich Meves N. 18, freilich mit dem Hinzufügen, daß Nr. 2 nur dann unanwendbar, wenn die Art der Verwahrung die Möglichkeit einer Verwendung im Verkehr mit dem Publikum ausschließe.

e) Die „vorgefundenen Meßwerkzeuge" müssen eine doppelte Eigenschaft haben; sie müssen nämlich sein:

I. „zum Gebrauche in dem Gewerbe des Gewerbtreibenden geeignet"; unter dem „Gebrauche in dem Gewerbe" ist nicht schon jeder mit dem Gewerbe in irgendwelcher Beziehung stehende Gebrauch eines Meßwerkzeuges zu verstehen, sondern es handelt sich darum, ob nach der Natur und dem Geschäftsgebrauche des im besonderen Falle vorliegenden Gewerbes das btr. Werkzeug „geeignet" ist, in dem mit jenem verbundenen öffentlichen Verkehre (vgl. MaßO. Art. 10) zum Zumessen 2c. gebraucht zu werden; Berlin 17. Mai 73 St. **2** 365, 31. Okt. 78 O. **19** 496. Übrigens kommt es nur auf die Eignung, nicht auf die Bestimmung an; Frank N. III, Meves N. 10; vgl. dagegen Binding Lb. **2** 339, es handle sich um eine widerlegbare „Schuldvermutung".

II. „nicht mit dem gesetzlichen Eichungsstempel versehen" oder „unrichtig".

α) Nach MaßO. Art. 10_1 dürfen zum Zumessen u. Zuwiegen im öffentl. Verkehr nur ihm entsprechend „gestempelte" Maße, Gewichte u. Wagen angewendet werden. Zu solchen „Maßen" gehören aber Fässer, in denen Brauer Bier an Wirte abgeben, nicht, da diese vielmehr ihrer Natur und Bestimmung nach nur Behältnisse zur Verwahrung von Flüssigkeiten o. festen Körpern sind; sie bedürfen daher keiner Eichung; München 28. Sept. 72 St. **2** 134. Vgl. jedoch Art. 12 der MaßO. wg. der Stempelung der inl. Weinfässer sowie G. v. 20. Juli 1881 btr. die Bezeichnung des Raumgehaltes der Schankgefäße. Wer zur Haltung sog. Präzisionsgewichte verpflichtet ist, verfällt der Strafe, wenn bei ihm mit dem gewöhnlichen Stempel versehene Gewichte vorgefunden werden; Meves N 15.

β) „Unrichtig" (MaßO. Art. 10_2) ist ein Meßwerkzeug, das — abgesehen von den für zulässig erklärten Fehlergrenzen — dem Normalmaße bzw. -gewichte nicht genügt; Meves N. 13. Im einzelnen erscheint „unrichtig":

1. ein Maß o. Gewicht nur dann, wenn es das, was es seiner Bezeichnung nach angeben soll, nicht richtig angibt, nicht aber auch ein Maß, das zwar dem Inhalte nach richtig ist, aber nicht die vorschriftsmäßige Form besitzt; so Berlin 7. Jan. 75 O. **16** 33, das weiter zutreffend ausführt, die Führung eines in der Form unrichtigen Maßes begründe daher auch keine Verletzung des Art. 10_2 der MaßO.; es liege darin aber auch nicht die Verletzung einer anderen Vorschrift über die Maß- 2c. -Polizei; denn obschon die EichO. derartige Vorschriften enthalte, so liege deren Handhabung zunächst den Eichungsbehörden ob

und ein Gewerbetreibender mache ihrer Verletzung nur insoweit sich schuldig, als die EichO. selbst Bestimmungen enthalte, für deren Beachtung die Gewerbetreibenden verantwortlich gemacht würden, was hier nicht der Fall sei, da es lediglich um Ausführung der der Normal-Eichungskommission im Art. 18 erteilten Befugnis sich handele; so Meves N. 12; aM. Oppenh.-D. N. 23, während Frank N. III₇ annimmt, daß die Frage sich nicht einheitlich entscheiden lasse, indem es darauf ankomme, ob eine Rechts- o. eine VerwaltungsV. vorliege; letzteres werde — was zutreffend — bezüglich der nicht im RGBl. veröffentlichten Vorschriften anzunehmen sein. Ebensowenig kann ein Gewicht deshalb als „unrichtig" angesehen werden, weil es in dieser Größe im öffentl. Verkehr nicht o. nicht mehr zulässig ist, wie z. B. ein 3 Pfundstück; vgl. jedoch N. f_2;

2. eine „Wage", welche nur durch vorübergehend befestigte Ausgleichungsmittel, insbs. durch Behängen mit losen Gegenständen, innerhalb der Fehlergrenzen richtig wiegt; Berlin OAG. 21. März, OTr. 17. Juli 74, St. 4 76, 220, Binding Lb. 2 339, Meves N. 16.

Die stattgehabte „Stempelung" (Eichung) berührt das selbständige Erfordernis der Richtigkeit eines Maßes oder einer Wage nicht. Nach Meves N. 13 soll sogar die zweite Alternative (β) nur dann maßgebend sein, wenn die erste nicht vorliegt, somit Stempelung erfolgt sei. Richtiger ist jedoch, ev. ein Zusammentreffen beider Alternativen anzunehmen.

f) Im Falle der Nr. 2 ist auf die Einziehung der vorschriftswidrigen „Meßwerkzeuge" (s. o. c) zu erkennen. Die Einziehung ist somit ausnahmsweise (§ 40 N. 5_2) obligatorisch vorgeschrieben. Dennoch darf sie richtiger Ansicht zufolge nicht „selbständig" erkannt werden (§ 42 N. 3a); aM. auch v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 1 zu Abs. 2. Streitig ist, ob die Einziehung zu erfolgen hat ohne Rücksicht auf das Eigentum des Täters (§ 40 N. 11); hierfür spricht der polizeiliche Charakter der Strafvorschrift in Verbindung mit der obligatorischen Androhung der Einziehung ohne gleichzeitige Zulassung einer Ausnahme; so: Berner S. 233, Binding Lb. 2 338, Meves N. 23, v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 1, gelegentlich auch Berlin KG. 5. Nov. 94 Jahrb. 16 332; aM.: Frank N. V, Oppenh.-D. N. 25, 26, Köbner Einziehung S. 35, Vorberg Einziehung S. 23, weil hier eine ausdrückliche Vorschrift fehle. Obschon aber hiernach die Einziehung lediglich als eine polizeiliche Maßnahme (T. I Abschn. 1 N. 4d), nicht als Strafe erscheint, so darf sie dennoch nicht unterbleiben, wenn auch die „Vorschriftswidrigkeit" z. Z. der Urteilsfällung gehoben sein sollte, da das Strafgericht bei seinem Urteile nur die z. Z. der Tat vorliegenden Verhältnisse berücksichtigen kann, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes gestattet; so: München OLG. 28. Jan. 87 E. 4 324, Meves N. 25, Oppenh.-D. N. 26; aM. Berner S. 729.

Handelt es sich auch nur um eine polizeiliche Maßregel, so bildet doch deren Voraussetzung die „Verletzung der qu. Vorschriften" seitens des Gewerbetreibenden, so daß die Einziehung auch dann entfallen muß, wenn bei erfolgter Stempelung lediglich seitens der Eichungsbehörde formelle Vorschriften verletzt sind (N. e II β 1). Anders liegt es aber, wenn ein gegen die bestehenden Vorschriften (aus Versehen) geeichtes und richtiges Meßwerkzeug, z. B. ein 3-Pfundstück, das im öffentl. Verkehr nicht zulässig ist, dennoch im Gewerbebetriebe gebraucht wird; Berlin 8. Apr. 73 O. 14 267 (hier liege eine strafb. Verletzung der Vorschriften über die Maß- u. Gewichtspolizei vor).

Zu Nr. 3.

a) Auch hier handelt es sich, wie in Nr. 2 um ein sog. Blankettstrafgesetz (§ 145 N. 1), dessen Ausfüllung aber nicht einmal durch allgemeine landesrechtl. Normen zu geschehen hat, sondern auch durch besondere „polizeiliche Vorschriften" (vgl. § 361^{a}b) erfolgen kann, was hier noch durch den Wortausdruck „ihrer Feuerstätten" bestätigt wird; Berner S. 729, Frank N. IV, Meves N. 22, Oppenh.-D. N. 28, Rüd.-St. N. 9. Auch hier wird die Übertr. mit dem farblosen Ausdrucke „nicht befolgen" gekennzeichnet (§ 145 N. 3). Da es um die Übertretung einer polizeilichen Vorschrift sich handelt, so ist auch nur fahrlässige Nichtbefolgung strafbar; Binding Lb. 2 30, Frank aO., Rotering N. 3.

b) Obschon dem Gesetzgeber wesentlich der Zweck der Sicherung gegen Feuersgefahr vorgeschwebt haben wird, so sind doch die „Polizeivorschriften" nicht nach ihrem Zwecke be-

zeichnet („zur . . ."; vgl. § 327 N. 3b), sondern vielmehr nach dem sie btr. Gegenstande („wegen . . ."); deshalb ist die Nichtbefolgung der Vorschrift auch strafbar, wenn sie einen anderen Zweck, z. B. die Vermeidung der Belästigung durch Rauch, verfolgt.

c) Wegen der Subjekte der Übertr. aus Nr. 3 vgl. oben Nr. 1 N. a_2 sowie Nr. 2 N. a_2.

Schlußnote. Wg. Strafe, Verjährung u. Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 8—10.

§. 370.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1) wer unbefugt ein fremdes Grundstück, einen öffentlichen oder Privatweg oder einen Grenzrain durch Abgraben oder Abpflügen verringert;
2) wer unbefugt von öffentlichen oder Privatwegen Erde, Steine oder Rasen, oder aus Grundstücken, welche einem Anderen gehören, Erde, Lehm, Sand, Grand oder Mergel gräbt, Plaggen oder Bülten haut, Rasen, Steine, Mineralien, zu deren Gewinnung es einer Verleihung, einer Konzession oder einer Erlaubniß der Behörde nicht bedarf, oder ähnliche Gegenstände wegnimmt;
3) wer von einem zum Dienststande gehörenden Unteroffizier oder Gemeinen des Heeres oder der Marine ohne die schriftliche Erlaubniß des vorgesetzten Kommandeurs Montirungs- oder Armaturstücke kauft oder zum Pfande nimmt;
4) wer unberechtigt fischt oder krebst;
5) wer Nahrungs- oder Genußmittel von unbedeutendem Werthe oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche entwendet.

   Eine Entwendung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos;
6) wer Getreide oder andere zur Fütterung des Viehes bestimmte oder geeignete Gegenstände wider Willen des Eigenthümers wegnimmt, um dessen Vieh damit zu füttern.

In den Fällen der Nr. 5 und 6 tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

PrStGB. §§ 349^{1,2,4}, 273, 349^{3,7}. Entw. I §§ 356^{1,2,4}, 354^{12}, 356^{2,5}, II §§ 366^{1,2,4}, 292, 366^{2,5}. Aktenst. Nr. 105, 124 II 4, 182 43 I. StB. S. 730—732, 768—770, 1175. Entw. d. StGN. Art. 1 § 370. Aktenst. 1875/76 Nr. 54, 145, 155 I. StB. 1875/76 S. 833—835.

Zu Nr. 1.

a) Unter Strafe gestellt ist das unbefugte „Verringern" von fremden Grundstücken ꝛc. und zwar durch „Abgraben o. Abpflügen". Aus diesen letzteren Worten, wie auch aus dem einen gewissen Gegensatz bildenden Tatbestand der Nr. 2 folgt, daß hier nur an eine Minderung des fremden Grundstückes ꝛc. ohne gleichzeitige Minderung der Substanz gedacht ist, d. h. es muß die abgegrabene ꝛc. Bodenfläche in ihrer seitherigen Verbindung mit dem Grund u. Boden verblieben sein; sie bleibt folglich als Teil desselben, wie zuvor, eine unbewegliche Sache; Oppenh.-D. N. 1, Rotering N. 1_2, auch Berner S. 729 (Minderung des Raumes). Schon deshalb kann die Straftat nicht als eine Art des Diebst. angesehen werden, der als Objekt eine bewegliche Sache erfordert; Rotering aO.

b) Daraus, daß die Verringerung durch „Abgraben o. Abpflügen" (worunter auch die vollständige Überackerung o. Einackerung fällt; München OLG. 26. Juni 94 E. 8 76) stattfindet, folgt, daß der abgegrabene ꝛc. Grundstücksteil einem anderen Grundstücke zufallen

muß; daß er ein eigenes selbständiges Grundstück bleiben könne, ist durch jene Ausdrücke für ausgeschlossen zu erachten; Frank N. 1, Meves N. 2. Daraus ergibt sich weiter hinsichtlich des Subjektes der Übertr., daß trotz des Eingangswortes „wer" nur der Nachbar des verringerten Grundstückes oder wenigstens eine Person, die für ihn und in seinem Interesse handelt, Täter sein kann; so Meves aO.; aM. Frank N. 1. Der Täter handelt somit nicht notwendig in der beim Diebstahl geforderten Absicht, sich das abgegrabene Stück rechtswidrig zuzueignen (Frank N. 1, Rüd.-St. N. 1); immer aber muß sie darauf gehen, das fremde Grundstück zu schmälern (Meves N. 4) und den abgegrabenen Grundstücksteil einem anderen Grundstücke zuzulegen; vgl. jedoch einerseits Berner S. 729 u. Rotering N. 1₂, die „Aneignung" verlangen (d. h. für den Täter), andererseits Rubo N. 3, der Grund u. Zweck der Verringerung für bedeutungslos erklärt.

c) Die „Aneignung" (N. b) kann schon deshalb als unbedingtes Erfordernis nicht angesehen werden, weil nach dem Gesetze nicht notwendig „fremder" (§ 242 N. 5 ff.) Grund u. Boden unmittelbares Objekt der Hdlg. zu sein braucht; so RG. II 21. Sept. 94 E. 26 74; aM.: Dresden 2. Nov. 74 St. 5 139, Binding Lb. 1 316, Berner S. 729, Rotering N. 1₂. Das Adjektivum „fremde" bezieht sich grammatikalisch nur auf „Grundstücke", ebenso wie in Nr. 2 der Relativsatz „welche einem anderen gehören"; München OLG. 26. Juni 94 E. 8 76, Frank N. 1; „Grundstücke" sind übrigens nicht gleichbedeutend mit „Äckern", umfassen vielmehr auch städtische Grundstücke, dsgl. Flußufer; Berner S. 730, Rotering N. 1₂. „Grenzraine" werden freilich, als meist im „gemeinschaftlichen Eigentume" stehend (vgl. BGB. § 921, der eine widerlegbare Vermutung der gemeinschaftl. Berechtigg. zur Benutzung aufstellt), dem Täter gegenüber „fremde" i. S. des § 242 (das. N. 11) sein. Allein an „öffentlichen Wegen" (§ 116 N. 2a) wird das Delikt auch dann begangen werden können, wenn sie im Privateigentum des Täters stehen; zit. München OLG. E. 8 76. Gibt man dies aber als möglich zu, so liegt auch kein Grund vor, die „Privatwege" unbedingt nur, insofern sie „fremde" sind, gegen Abgraben ꝛc. als geschützt anzusehen; vielmehr fällt die Verringerung eines dem Täter gehörigen Privatweges durch Abgraben ꝛc. dann unter die Nr. 1, wenn sie „unbefugt" war; bei der Bedeutung dieses Wortes (§ 123 N. 14) erscheint aber das Abgraben eines Privatweges auch dann „unbefugt", wenn eine fremde Grunddienstbarkeit an ihm besteht; so RG. II 23. Mai 02 E. 49 271; aM.: das zit. Dresden, Berner S. 730, Binding aO., Frank N. 1, Meves N. 6c, Rotering N. 1₂.

d) Die unter Strafe gestellte Hdlg. stellt eine Rechtsverletzung dar; es handelt sich deshalb nicht um ein bloßes Polizeidelikt und ist folglich, da ein anderes nicht zum Ausdruck gelangt ist, lediglich vorsätzliche Zuwiderhdlg. für strafbar zu erachten (T. I Abschn. 4 N. 4₁); Frank N. 1, Meves N. 4, v. Schwarze N. 1, 2, Rotering N. 1₂. Erforderlich ist deshalb namentl. das Bewußtsein von der fehlenden Befugnis.

e) Was das Verhältnis zum § 274² betrifft, so wird im Falle des § 370¹ über die Grenzen hinausgegangen, ohne Verrückung eines Grenzzeichens; die für die Grenzen wesentlichen Beweismittel bleiben also unberührt, während dort dem Nachbar der urkundliche Beweis für die Geltendmachung seines Besitzstandes entzogen wird; Berner S. 729, Binding Lb. 2 349, Meves N. 8. Es ist sonach § 370¹ dem § 274² gegenüber nicht als Sondergesetz aufzufassen, vielmehr ist Idealkonk. (§ 73) denkbar; so RG. II 29. Dez. 91 E. 22 296, während Binding aO. den § 274² ausschließlich anwendet.

Zu Nr. 2.

a) Im Gegensatz zur Nr. 1 (das. N. a) werden hier Hdlgen erfordert, die eine Minderung der Substanz eines Grundstückes darstellen, ohne gleichzeitige Minderung des „Raumes" bzw. Beeinflussung der Grenzen (Berner S. 729, Frank N. 11, Rotering N. 2); denn die unter Strafe gestellten Hdlgen sind: „Graben" von Erde ꝛc., „Hauen" von Plaggen ꝛc., „Wegnahme" von Rasen ꝛc. — insofern sie „unbefugt" (§ 123 N. 14) geschehen — und zwar entweder „von Wegen" oder „aus Grundstücken". Der Gebrauch der verschiedenen Präpositionen findet sich schon in der mit dem StGB. völlig (auch hinsichtlich der sprachlich ungenauen Auslassung des „oder" vor „Rasen, Steine ꝛc. wegnimmt")

übereinstimmenden Nr. 2 des Entw. I § 356 und ebenso im PrStGB. § 349[2] (bereits nach seiner ursprünglichen Fassung). Die Präposition „aus" bedingt, daß die „Erde" x. z. Z. der strafb. Hdlg. noch Teil des btr. Grundstücks war, sei es von Natur, sei es infolge künstlicher Verbindung; erst durch die Hdlg. des Täters muß sie aus ihm hervorgehoben und zu einer selbständigen beweglichen Sache geworden sein; RG. II 13. Mai 87 R. 9 313, Frank N. II, Meves N. 11, Oppenh.-D. N. 6, Rotering N. 2. Die Präposition „von" deutet dagegen darauf hin, daß die Erde x. nicht ein Teil der Wege zu sein brauche, daß vielmehr auch die auf ihnen gelagerten Erde, Steine x. Gegenstand der Übertr. aus Nr. 2 sein könnten. Dennoch ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesen Unterschied beabsichtigt habe; nicht nur hat die frühere PrPraxis ihn nicht gemacht (vgl.: Goltd. Mat. 2 739, Oppenh. PrStGB. § 349[2] N. 12), sondern es ist auch an sich nicht denkbar, daß innerlich so verschiedene Tatbestände hätten in eine Nr. zusammengefaßt werden sollen; auch hier handelt es sich also um Substanzteile eines Weges; so: Stuttgart 31. Mai 76 St. 7 220, Berner S. 730, Rubo N. 5, Rüd.-St. N. 2.

Dementsprechend wurde in der Praxis die Anwendung der Nr. 2 bejaht bei der Wegnahme von Chausseesteinen, mit denen die Straße „beschüttet" war, auch obgleich sie in den „Kandel" am Hause des Angekl. geraten waren (zit. Stuttgart), dagegen verneint bei der Wegnahme von Steinen, die „zur Herstellung o. Ausbesserung der Straße auf Haufen gestellt waren" (zit. Stuttgart), bzw. die zwar früher Grundstücksteile gewesen waren, es z. Z. der Tat aber nicht mehr waren, gleichgültig, ob vom Grundstücke gesondert o. bestimmt, als Zubehör auf ihm zu bleiben, wie bei Ansammlung zu Schutzwehr o. sonstiger Verwendung o. endlich zu Verkaufszwecken, wie z. B. als Pflastersteine (zit. RG. u. Berlin 10. März 75 O. 16 213).

b) Bezüglich der Frage, ob die „Wege" für den Täter fremde sein müßten, erhebt sich hier der gleiche Streit wie bei Nr. 1 (das. N. c); hier ist die Frage jedoch mit Rücksicht auf die Worte „Grundstücke, welche einem anderen gehören" zu bejahen; Frank N. II, Meves N. 12, Lehr Objekte d. Diebst. S. 24, Dörr Objekt bei Vermögensdel. S. 160 N. 6. Unter keine der im Gesetze bezeichneten Kategorien fallen die in niemandes Privateigentum stehenden Meeresufer, so daß die Entnahme von Sand aus ihnen straflos ist, wenn nicht zum Zwecke des Uferschutzes (vgl. § 366a) ein besonderes Polizeiverbot ergangen sein sollte. Vgl. auch München OberstesLG. 6. Okt. 00 E. 1 145 (die unbef. Sandgewinnung aus einem fremden Waldgrundstücke sei im StGB. weder in Nr. 2, noch sonstwo behandelt).

c) Was die einzelnen unmittelbaren Angriffsobjekte betrifft, so ist:

α. zu verstehen unter „Rasen" die mit Gras bewachsene Erdscholle; der Begriff ist also keineswegs gleichbedeutend mit „Gras"; Dresden 3. Aug. 74 St. 5 186, Meves N. 14;

β. zu den „ähnlichen Gegenständen" namentl. der ungestochene Torf zu rechnen (RG. II 27. Juni 90 E. 21 27, Frank N. II, Meves N. 17, Oppenh.-D. N. 11, Ziebarth Forstr. S. 378), ferner das Eis aus Privatgewässern (Oppenh.-D. aO.), ja auch das Wasser aus stehenden Privatteichen, sofern nicht die Diebstahlsvorschriften Platz greifen sollten (§ 242 N. 3). Dagegen gehören die Erzeugnisse der Vegetation, insbs. Gras, nicht dazu, da sie selbst beim Zusammenhange mit dem Grund und Boden doch nicht Substanzteile desselben sind; deren Wegnahme fällt vielmehr unter die Feldpolizeigesetze (vgl. z. B. PrFFPG. § 18); zit. Dresden, Berner S. 730, Meves N. 14, Oppenh.-D. N. 9.

Was insbs. den Dünger betrifft, so ist er nur dann als Bodenbestandteil zu erachten, wenn er bereits bedeckt ist; so Rotering N. 2; aM. Oppenh.-D. N. 6, 7, der schon den ausgebreiteten Dünger als solchen ansieht, eine Ansicht, der v. Schwarze N. 1, 2 entgegentritt. Der Kot auf den Straßen ist nicht Substanzteil der Straße; aM.: Oppenh.-D. N. 6, Rotering N. 2. So im wesentlichen in beiden Punkten auch Frank N. II.

d) Schon die PrPraxis (vgl.: Goltd. Mat. 2 739, Oppenh. PrStGB. § 349[2] N. 7) nahm an, daß durchweg, d. h. auch da, wo nur von „graben" (vgl. über dessen Begriff — Ausheben von Erde auch ohne Anwendung von Werkzeugen — München OLG. 9. Nov. 95 E. 8 422) bzw. „hauen" gesprochen wird, die Wegnahme in der Absicht rechtswidriger Zueignung (§ 242 N. 14 ff., 26 ff.) Tatbestandserfordernis sei, daß es deshalb im Wesen um

um einen privilegierten Diebst. sich handele; das ist auch die für das RStGB. fast durchweg vertretene Ansicht; vgl.: Berlin 16. Okt. 78 O. 19 467 (bloßes Torfgraben sei nicht ausreichend), zit. München OLG. E. 8 422, Dresden OLG. 1. Mai 02 SächsA. 23 411, Hälschner 2 309, Merkel S. 320, Meves R. 9, 15, Rüd.-St. R. 3, Rotering R. 2, Ziebarth Forstr. S. 373. Sie erscheint nach dem Zusammenhange der Vorschrift (vgl. entsprechend Nr. 2 R. a) richtig, insofern überall eine „Wegnahme" erfordert wird. Im übrigen liegt, trotz der Beweglichmachung des Gegenstandes der Wegnahme (a), nicht unbedingt ein privilegierter Diebst. vor, weil nach dem Wortlaute der Bestimmung die „Absicht rechtswidriger Zueignung" nicht erfordert wird; die Handlung kann deshalb den Charakter einer Sachbeschädigung tragen; so: Frank R. II, Rubo R. 8; anders die GM., insbs. zit. Berlin O. 19 467.

e) Darüber, daß es auch hier, wie in Nr. 1, um Rechtsgüterverletzungen sich handelt, herrscht kein Zweifel; es ist daher nur vorsätzliche Zuwiderhdlg. strafbar; Frank R. II.

Zu Nr. 3.

a) Das PrALR. II 20 § 1316 lautete: „Wer von einer Militärperson brauchbare Montierungsstücke o. andere zum Kriegsdienste gehörige Sachen kauft o. sonst an sich bringt, muß, außer dem an das Regiment zu ersetzenden Schaden, den dreifachen Wert eines solchen Stücks zur Strafe entrichten." Auf Antrag des Kriegsministers wurde eine entsprechende Bestimmung in das PrStGB. § 349⁴ aufgenommen (Goltd. Mat. 2 742), von wo sie in das RStGB. überging. Hiernach handelt es sich allerdings um ein der Sachhehlerei (§ 259) verwandtes Delikt (so v. Liszt S. 492), allein es wird offenbar aus dem polizeilichen Grunde der Verhütung von Veruntreuungen an militärfiskalischen „Montierungs- und Armaturstücken" jeder Ankauf von Montierungsstücken ꝛc. ohne „schriftliche" (§ 61 R. 26) Erlaubnis des vorgesetzten Kommandeurs verboten; deshalb wird Nr. 3 dadurch nicht unanwendbar, daß die Gegenstände dem Verkäufer eigentümlich gehören. Im Gegenteil wird sie praktisch hier ihre Hauptanwendung finden; denn bei widerrechtlicher Veräußerung fiskalischer Montierungsstücke greifen die allgemeinen Vorschriften, insbs. wegen Hehlerei, Platz; aM. Köhler GS. 61 127, der in solchem Falle Idealkonk. (§ 73) annimmt, während nach Binding Lb. I 394 die Nr. 3 dem „§ 259 surrogiert, wenn der Vorsatz nicht erweisbar (s. u. R. c) o. die Hehlerei nur fahrl. verübt sei". Daß die Gegenstände behufs Anwendung der Nr. 3 unbedingt Eigentum der Militärperson sein müßten (so jedoch v. Liszt S. 492 u. Meves R. 21), geht aber zu weit und wird namentl. durch den Wortlaut der landrechtlichen Vorschrift widerlegt, die jedenfalls auch dem „Regimente" gehörige Sachen als geeignete Objekte ansieht; es kann vielmehr sowohl um öffentl. wie um Privateigentum sich handeln; Binding Lb. aO., Frank R. III, Oppenh.-O. R. 12, Rüd.-St. R. 4, Köhler aO. Hiernach ist nicht eine Privatverletzung (Rotering R. 3) mit Strafe bedroht, sondern ein Polizeidelikt aufgestellt.

b) Der Ankauf ꝛc. muß erfolgt sein „von einem zum Dienststande gehörenden Unteroffizier o. Gemeinen des Heeres o. der Marine", d. h. von einer solchen Person des Soldatenstandes (nicht auch der „unteren Militärbeamten"; Meves R. 20), die den Rang eines Unteroffiziers o. Gemeinen bekleidet, einschl. der Mitglieder des Sanitäts- u. Maschinen-Ingenieur-Korps nach Maßgabe des ihnen als Unteroffizier o. Gemeinen beigelegten Militärranges (Meves R. 20; vgl. das Verzeichnis der z. D. Heere u. z. K. Marine gehörenden Militärpersonen, Beil. z. MStGB., zu A II—V), aber nur insofern sie „zum Dienststande gehört", d. h. „dem stehenden Heere (Marine)" (WehrG. § 6) angehört bzw. zum „aktiven Heere (Marine)" (RMG. § 39) zählt, also entweder noch bei der Fahne steht oder aus dem Beurlaubtenstande zum Dienste einberufen ist (§§ 140 R. 3, 10 R. 2 b).

c) Bei dem oben zu a hervorgehobenen Charakter des Deliktes muß nicht nur das vorsätzliche, sondern auch das fahrlässige Zuwiderhandeln als mit Strafe bedroht angesehen werden (Abschn. 29 R. 2_2); der Ankäufer ist z. B. auch dann strafbar, wenn er fahrlässigerweise hinsichtlich der Eigenschaft des Verkäufers bzw. des veräußerten Gegenstandes irrte (§ 59_2); so Frank R. III; aM. Rotering R. 2 (der im übrigen ein Delikt mit „gemischter Schuld" annimmt, da Täter der erteilten Erlaubnis u. ihrer Tragweite sich

vergewissern müsse), Köhler GS. 61 127, ferner Binding Lb. 1 395, insofern er Kenntnis des Käufers von der Eigenschaft der Sache und von der Person des Verkäufers verlangt; unter dieser Voraussetzung vermute das Gesetz den Vorsatz.

Zu Nr. 4.

a) Wegen des Tatbestandes vgl. § 296 N. 1—6. Es handelt sich hier um eine Vorsatz erfordernde (Rotering N. 4) Verletzung fremden Fischereirechts.

b) Die Einziehung der zur Begehung der Straftat gebrauchten o. bestimmten Gegenstände ist (anscheinend infolge eines Redaktionsversehens) nicht vorgeschrieben und deshalb, da § 40 nur auf Verbr. u. Verg. Anwendung findet, nicht statthaft; Meves N. 28. Bei Idealkonk. (§ 73) mit Zuwiderhdlgen gegen Fischereigesetze polizeil. Natur ist jedoch auf die in diesen etwa vorgeschriebene „Einziehung" zu erkennen, wenn sie nicht die Natur einer Strafe hat, sondern nur eine polizeiliche Maßnahme darstellt (T. I Abschn. 1 N. 4); denn auf solche findet das Prinzip des § 73 (das. N. 32) nicht Anwendung. Anders dagegen, wenn die Einziehung eine Strafe ist.

Zu Nr. 5.

a) Mit Strafe bedroht wird die „Entwendung" von Nahrungs- u. Genußmitteln, der sog. Mundraub. Nach der Entstehungsgeschichte der entsprechenden Vorschrift des Pr. StGB. § 349[3] („wer, ohne gesetzlich erschwerende Umstände des Diebstahls, Früchte rc. entwendet"; vgl. Goltd. Mat. 2 739), die „in der Hauptsache" (so die Motive) in das RStGB. übergegangen ist, muß angenommen werden, daß mit jenem Ausdrucke der volle Tatbestand des Diebstahls (§ 242) in subjektiver und objektiver Beziehung hat bezeichnet werden sollen; ein begrifflicher Unterschied besteht nicht (s. jedoch u. Abs. 2), weshalb Idealkonk. auch nur unter besonderen Umständen Platz greifen kann (s. u. N. 1α), namentl. auch nicht hinsichtlich des Dolus; vielmehr liegt die „Eigenart der Entwendung" gegenüber dem gemeinen Diebstahlsbegriffe lediglich in der Qualität (N. c—e) bzw. in der Quantität oder in dem Werte des Objektes (N. f) sowie in der auf alsbaldigen Gebrauch gerichteten Absicht (N. g), also in Umständen, die mit den Tatbestandsmerkmalen des gem. Diebst. in keinem Punkte in Widerspruch stehen. So namentl.: RG. VStS. 7. Juli 86 E. 14 312, III 19. März 81, I 8. Mai 82, 26. Apr. 88, II 13. Feb. 85, E. 3 423, 6 325, 17 332, 12 8, IV 25. März 02 G. 49 142, München ObersteLG. 20. Dez. 00 E. 1 232 (gelegentlich), sowie die ganz überwiegende M. in der Literatur, insbs.: Berner S. 560, Binding Lb. 1 307 u. Normen 1 214 N. 10, Birkmeyer Enzykl. S. 1175, v. Liszt S. 441, Hälschner 2 310, v. Wächter S. 423, Frank N. V, Rotering N. 51, Beling Verbrechen S. 277. AM.: Geyer ZStrW. 2 303, auch Grundr. 2 55 (gerade die auf alsbaldigen Verbrauch gerichtete Absicht unterscheide den Mundraub vom Diebst.), Ortloff StrZ. 11 542, Friedländer ZStrW. 11 396 ff.; ferner Schlosky Mundraub S. 3, kein privileg. Fall des Diebst., sondern ein Sonderdelikt, das den Tatbestd. des Diebst., ebenso wie den anderer Delikte in sich schließen könne. Mit Rücksicht auf die Androhung der geringfügigen Übertretungsstrafe erscheint deshalb die „Entwendung" als ein privilegierter Diebst. und bilden die oben angedeuteten Verhältnisse einen strafvermind. Umst. i. S. der StPO. §§ 262, 266, 295; RG. III 28. Jan. 82 E. 5 404, 13. Juni 84 R. 6 422, zit. E. 12 8.

Handelt es sich aber um eine Privilegierung, so würde es widersinnig sein, die gegenüber dem Diebst. gegebene Ausnahmevorschrift nicht auch gegenüber dem — durch Wegfall des Momentes der Wegnahme — einfacheren Tatbestande der Unterschlagung (§ 246) Anwendung finden zu lassen; gerade der vom Gesetzgeber gewählte allgemeine Ausdruck „Entwendung" ermöglicht dieselbe. So: Berner S. 560, Binding Hb. 1 335 u. Lb. aO., v. Liszt aO., v. Wächter S. 429, Frank N. V., Beling, Friedländer aO., Schlosky Mundraub S. 9 (der auch Besitzentwendung [§ 289] hierher zieht). AM.: RG. II 7. März 93, I 10. Feb. 02, E. 24 38, 35 115, Berlin 15. März 72, Stuttgart 27. Feb. 78, St. 1 317, 8 334, Meves N. 35, H. Meyer S. 564, Oppenh.-D. N. 17, Rüd.-St. N. 11, v. Schicker Württemb. Polizeistrafr. N. 6, Geyer ZStrW. 2 304.

Der strafvermind. Umst. greift übrigens nicht bloß gegenüber dem einfachen, sondern auch gegenüber dem schweren Diebst. Platz, so daß Nr. 5 z. B. auch dann Anwendung

findet, wenn die Entwendung „aus einem Gebäude mittels Einbruchs“ (§ 243²) erfolgt (s. übrigens u. N. i); so die GM., insbs. außer den Motiven: RG. III 19. März 81 E. 3 423, 9. Nov. 81, 28. Jan. 82, R. 3 701, 4 83, I 9. Apr. 85 R. 7 218, IV 3. Jan. 90 G. 37 437, selbst Ortloff, Friedländer aO. 402 u. Schlosky aO. 35; aM. Binding Hb. I 335, 528 N. 13 u. Lb. I 308. Ebenso findet Nr. 5 auch Anwendung im Falle des Anvertrauens, also gegenüber der qualifizierten Unterschl. (§ 246 Abs. 1 S. 2); Schlosky aO. 42. Aber auch die Anwendbarkt. der Nr. 5 im Falle einer Amtsunterschl. (§ 350) liegt in der Konsequenz; so: Frank N. V₂, Friedländer aO. 402; aM. jedoch hier Binding Lb. aO. N. 5 (keine Privilegierung der Amtsunterschl.) sowie v. Liszt S. 441 N. 8, Beling aO. u. Schlosky aO. 25 (neben den Angriff auf das fremde Vermögen trete die Pflichtverletzg. des Beamten).

Dagegen kann keine Rede davon sein, daß die Nr. 5 auch Anwendung finde bei vorliegendem Tatbestande des Raubes; denn er ist nach dem StGB. kein qualifizierter Diebst., sondern ein eigentümliches Verbr. (§ 249 N. 2); so die GM.

b) Wenn auch die Entwendung die Natur eines privilegierten Diebst. hat, so reicht sie doch nach den bezüglichen Sonderbestimmungen weder aus zur Begründung eines Diebst. im wiederholten Rückfalle i. S. des § 244 (das. N. 9₁; Geyer ZStrW. 2 303 erachtet das allerdings vom Standpunkte der herrschenden M. aus für folgewidrig), noch zur Erfüllung des Tatbestandes des § 252; aM jedoch namentl. RG.; vgl. das. N. 2. Dagegen sind aus der hervorgehobenen Natur der Entwendung folgende Konsequenzen zu ziehen:

α) Mittäterschaft (§ 47 N. 14a) ist in der Weise denkbar, daß der eine Mittäter Diebst., der andere Mundraub begeht; so RG. II 13. Feb. 85 E. 12 8; aM. Friedländer ZStrW. II 405.

β) Wo das Gesetz eine „diebische Absicht“ erfordert (vgl. § 243⁷ N. 55), genügt auch die Absicht, einen Mundraub zu begehen. Eben daraus, daß auch letzterer eine diebische Absicht voraussetzt, hat RG. III 4. Dez. 80 E. 3 165 gefolgert, der Diebstahlstatbestand werde nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Täter in der Absicht, einen Mundraub zu begehen und in dem irrtümlichen Glauben, die entwendete Sache sei zum Verzehren auf der Stelle geeignet, einen Gegenstand, der kein Nahrungsmittel ist, wegnimmt, vielmehr müsse noch hinzukommen, daß er in dem Augenblicke der Erkenntnis denselben liegen gelassen bzw. wieder hingelegt habe; hiergegen bemerkt jedoch Geyer ZStrW. 2 307 nicht mit Unrecht, daß hier eine praesumptio doli aufgestellt und eine Verurteilung wegen einer strafb. Hdlg. ausgesprochen würde, weil sich annehmen ließe, daß der Betreffende sie begangen hätte, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre; auch Frank N. V 2 nimmt hier nur Mundraub an.

c) Das der Entwendung eigentümliche Objekt sind „Nahrungs- oder Genußmittel“ (vgl. NahrungsmittelG. § 1); bilden sie zusammen mit anderen beweglichen Sachen, insbs. den Verwahrungsmitteln, den Gegenstand derselben einheitlichen Entwendung, so greifen die Diebstahlsvorschriften (§§ 242 ff.) ausschließlich Platz, was jedoch die Möglichkt. einer Idealkonk. mit Diebst. (s. u. iα) nicht ausschließt; tatsächlich wird eine Aneignungsabsicht bezüglich der Verwahrungsmittel regelmäßig nicht vorliegen; RMG. II 14. Sept. 04 E. 7 243 (die ohne selbständige Zueignungsabs. erfolgte Wegnahme des Gefäßes schließe die Nr. 5 nicht aus). Was unter jenen zu verstehen sei, ist im Gesetze nicht bestimmt; maßgebend ist deshalb für die Auslegung dieser gemeinverständlichen Begriffe vor allem der gewöhnliche Sprachgebrauch; RG. III 31. Dez. 81 E. 5 289 (vgl. auch das zu § 10² NahrungsmittelG. ergangene III 28. Mai 00 E. 33 301 btr. Backhefe). Es erscheint deshalb ungerechtfertigt, wenn Ortloff StrZ. II 541 in der Zusammenstellung von „Nahrungs- u. Genußmitteln“ eine Beschränkung der letzteren auf „Eßwaren u. Getränke, die als sog. Leckereien genossen werden“, findet, und zwar dies um so mehr, als die Motive, auf die Ortloff sich bezieht, ausdrücklich betonen, es erscheine angemessen, die Bestimmung des PrStGB. auf „Nahrungs- u. Genußmittel“ auszudehnen, da die Beschränkung auf „Früchte, Eßwaren u. Getränke“ Fälle ausschließe, in denen dieselbe milde Beurteilung geboten erscheine. Jedenfalls sind nur diejenigen Mittel darunter umfaßt, die der Ernährung o. dem Genusse des menschlichen Körpers dienen (vgl. auch den Aus-

druck „Mundraub"); RG. II 24. Feb. 80, 1. Juli 84, E. 1 223, R. 6 488, Oppenh.-D. N. 18, Friedländer aO. 408. Auf Viehfutter findet die Nr. 5 daher keine Anwendung, auch dann nicht, wenn die Entwendung zum alsbaldigen Verbrauch in der eigenen Wirtschaft geschah; RG. III 2. Okt. 80 R. 2 294, München OLG. 14. Apr. 92 E. 7 100. Die Art u. Weise, wie der Eigentümer über das Produkt verfügt, nimmt ihm nicht den Charakter eines Nahrungsmittels, solange es nicht dadurch zur Ernährung des Menschen objektiv untauglich wird; zit. RG. E. 1 223.

Gleichgültig ist, ob die Verwendung für den menschlichen Körper noch eine vorherige Zubereitung erfordert oder nicht (N. g).

d) Was die Sonderung der Begriffe „Nahrungsmittel" und „Genußmittel" betrifft, so erscheinen sie begrifflich nicht derartig verschieden, daß die Subsumtion eines verzehrbaren Gegenstandes unter die eine o. die andere Kategorie stets mit Sicherheit vorgenommen werden könnte; so wird z. B. die Backhefe ebensogut wie als „Nahrungsmittel" (vgl. das zu c zit. RG. E. 33 301) als Genußmittel angesehen werden können; vgl. übrigens u. zu β aE. Die Grenzlinie ist fließend, übrigens eine alternative Feststllg. bei der Gleichwertigkeit der Merkmale zweifellos zulässig (§ 47 N. 29). Im einzelnen läßt sich das Folgende hervorheben:

α) Unter „Nahrungsmitteln" sind die der Ernährung des menschlichen Körpers, sei es in fester o. in flüssiger Gestalt, dienenden Mittel zu verstehen, auch wenn zu deren Genießbarkeit eine vorherige Zubereitung erforderlich ist; RG. II 24. Feb. 80, III 9. Apr. 81, E. 1 223, 4 72. Die Art und Weise, wie der Berechtigte über das btr. Produkt verfügt, nimmt ihm so lange nicht den Charakter eines Nahrungsmittels, als es dadurch nicht objektiv zur menschlichen Nahrung untauglich geworden ist; so zit. RG. E. 1 223 (btr. zur Saat bestimmter Kartoffeln, die schon auf dem Felde sich befanden, aber noch nicht untergepflügt waren). Die Wegnahme von Gegenständen aber, die nach den am Orte der Tat herrschenden Sitten als Nahrungsmittel nicht gelten, wie z. B. Talglichte, Seife, denaturierter Spiritus, kann auch dann die Anwendung der Nr. 5 nicht begründen, wenn ausnahmsweise der Täter sie in Unkenntnis dessen entwenden sollte; aM. Frank N. v 1 u. Schlosky Mundraub S. 13 f., es komme nur darauf an, ob der Gegenstand als Nahrungsmittel geeignet sei und dazu dienen solle. Auch durch Verarbeitung wird unter Umständen einem an sich zur menschlichen Ernährung geeigneten Gegenstande die Eigenschaft eines Nahrungsmittels genommen werden können; so auch aus diesem Grunde den Talglichten trotz ihres zur Ernährung dienlichen Fettgehalts; aber auch z. B. einer aus Brotteig modellierten Figur.

β) Was die „Genußmittel" betrifft, so geht, namentl. mit Rücksicht auf das subjektive Moment „zum alsbaldigen Verbrauch", die Meinung wesentlich übereinstimmend dahin, daß es Gegenstände sein müssen, die genossen, d. h. dem menschlichen Körper zugeführt und dadurch verbraucht werden; so: RG. III 9. Apr. 81 E. 4 72, Geyer 2 54, v. Liszt S. 441, H. Meyer S. 564, Frank N. v 1, Meves N. 30, Oppenh.-D. N. 18, Friedländer ZStrW. 11 410 f., Schlosky Mundraub S. 15, Ertel Automatenmißbrauch S. 44; wenn letzterer gegenüber dem zit. RG., nach dem die Genußmittel dem Körper „durch die Organe" sollen zugeführt sein müssen, nur den Mund als solches Organ erachtet, so übersieht er die Zuführung von Genußmitteln durch Einspritzungen (Frank aO.). Durch Anwendung des Geruchssinnes findet aber eine Zuführung, die einen Verbrauch bewirkte, nicht statt; das erkennt das zit. RG. bezüglich abgepflückter Blumen ausdrücklich an (N. e β). Wenn aber das Parfüm durch Verspritzen verbraucht wird, dann ist es nicht von dem den Wohlgeruch Empfindenden organisch zugeführt, von ihm nicht im o. erläuterten S. „genossen"; aM. jedoch trotz grundsätzlicher Übereinstimmung mit der obigen Auffassung: v. Liszt, Oppenh.-D., Ertel aO.

Während ohne jene Voraussetzung es nicht hinreicht, wenn durch die Sache dem Körper nur ein Wohlbehagen o. ein angenehmer Eindruck bereitet wird (so die GM., insbs. das zit. RG), erscheint bei ihrem Vorliegen alles, was durch seinen Verbrauch geeignet ist, das Gefühl des Angenehmen bei jemand hervorzurufen, als Genußmittel;

regelmäßig fallen deshalb Arzneimittel (die v. Schwarze N. 5 unbedingt ausschließt) nicht darunter. Dagegen bestimmt Rotering N. 5₂ den Begriff der „Genußmittel" im Gegensatz zu den „Nahrungsmitteln" dahin, daß unter jenen solche Gegenstände zu verstehen seien, die der Täter genieße, ohne zu essen o. zu trinken, z. B. durch den Geruchssinn; das erscheint jedoch zu eng und der Auffassung des gewöhnlichen Lebens nicht entsprechend.

e) In der Praxis des RG. sind als „Nahrungs-" bzw. „Genußmittel" z. B.

α. erachtet: Zigarren u. Tabake; III 31. Dez. 81 E. 5 289; zur Saat bestimmte, aber noch nicht untergepflügte Kartoffeln; II 24. Feb. 80 E. 1 223; eßbare lebende Tiere, insbs. Fische; II 1. Juli 84 R. 6 488; Backhefe; I 29. Sept. 00 E. 33 386 (btr. NahrungsmittelG.);

β. nicht erachtet: Blumen; III 9. Apr. 81 E. 4 72; Brennmaterial; I 12. Juli 83 E. 9 46.

f) Nur Nahrungs- ꝛc. Mittel von „unbedeutendem Werte oder in geringer Menge" können den Gegenstand der Entwendung bilden; die Qualität des Objektes erhält also eine nähere Bestimmung hinsichtlich der Quantität oder (also alternativ, nicht kumulativ; RG. II 25. Apr. 84 E. 10 308) hinsichtlich ihres Wertes; nach den Motiven ist die Alternative der „geringeren Menge" aus dem PrStGB. wiederholt, weil es vorkommen könne, daß der Täter über deren „Wert" sich irre und ihn keinesfalls für so bedeutend erachte, als er wirklich sei. Die Frage, ob die eine oder die andere dieser Beschränkungen vorliege, ist wesentlich tatsächlich zu entscheiden, obschon nicht unbedingt, wie RG. III 21. Sept. 81 R. 3 516 u. RMG. I 14. Juli 02 E. 3 135 annehmen; denn es ist Geyer ZStrW. 2 308 f. in seinen gegen das zit. RG. gerichteten Ausführungen zuzugeben, daß bei der Subsumtion des festgestellten tatsächlichen Momentes unter das Gesetz, trotz des dem Richter durch die Unbestimmtheit der Ausdrücke gewährten Spielraumes für sein freies Ermessen in erkennbarer Weise ein Rechtsirrtum unterlaufen kann, wenn „jene fließende Grenzlinie in augenfälliger Weise überschritten ist"; vgl. auch Rotering N. 57 sowie Stein Privates Wissen S. 125. So ist insbs. zu beachten, daß der Wert bzw. die Menge objektiv und nicht etwa relativ nach dem Bedarfe und der Anzahl der an dem Verbrauche teilnehmenden Personen ein unbedeutender bzw. eine geringe sein muß; RG. II 26. Feb. 86 E. 13 371, RMG. II 4. Nov. 01, 14. Sept. 04, E. 2 50, 7 234, Frank N. V 1. Daraus folgt, daß bei gemeinschaftlicher Ausführung durch mehrere für die Unterordnung der Tat unter Nr. 5 der ganze Betrag des Entwendeten zugrunde zu legen ist (vgl. § 47 N. 30); RG. I 10. Mai 83 E. 8 406, II 13. Juni 84 R. 6 422, H. Meyer S. 564, Frank aO., Oppenh.-D. N. 20, Rotering N. 5₆, Friedländer ZStrW. 11 412. Dasselbe muß gelten, sobald durch eine fortgesetzte strafb. Hdlg. (§ 73 N. 6 ff., insbs. 9) Nahrungsmittel entwendet worden sind (eine Möglichkeit, die von Rathenau GS. 56 154 f. bestritten wird), mögen auch durch die einzelnen Akte der Hdlg. jedesmal nur Nahrungsmittel von unbedeutendem Werte o. in geringer Menge genommen sein; so: RG. I 26. Apr. 88 R. 10 333, H. Meyer aO., Frank N. V 1; aM.: v. Liszt S. 441 N. 8, v. Schwarze N. 5, Friedländer aO. 412; vgl. auch Oppenh.-D. N. 22. Aber auch bei der fortgesetzten strafb. Hdlg. kann immer nur der Wert o. die Menge des wirklich Entwendeten in Betracht kommen, nicht dasjenige, worauf der Vorsatz sich richtete. Bei wiederholten selbständigen Entwendungen (§ 74) ist dagegen der Gesamtbetrag bzw. -wert einflußlos. Von rechtlicher Bedeutung ist ferner, daß nur der gemeine Wert der Sache zur Zeit der Entwendung in Betracht kommt; zit. RMG. E. 2 50.

In der Praxis des RG. sind jene Beschränkungen z. B. für vorliegend erachtet: bei einer Quantität von 15 Fl. Wein, bei der sowohl eine geringe Menge als auch ein unbedeutender Wert angenommen wurde (vgl. das zit. R. 3 516), ferner bei einer Quantität von 56 Heringen, da sie von „unbedeutendem Werte" seien (zit. E. 10 308).

g) In subjektiver Bezeichnung kennzeichnet die auf den „alsbaldigen Verbrauch" gerichtete Absicht die Entwendung gegenüber dem gem. Diebst.; unter diesem „alsb. Verbrauch" ist nur ein Verzehren des Nahrungsmittels o. ein Genießen des Genußmittels (N. d α, β) zu verstehen, so daß eine Verwendung zur Zubereitung eines als Vorrat bestimmten anderen Nahrungsmittels nicht darunter fällt; RG. II 24. Apr. 01 E. 48

300. Da im Gesetze nur die Rede ist vom „alsbaldigen Verbrauche", nicht von einem sofortigen o. unmittelbaren bzw. „auf der Stelle" (vgl. § 199 N. 4) erfolgenden, so ist die erforderliche Absicht keinesfalls schon deshalb zu verneinen, weil der Verbrauch nicht am Orte der Tat, sondern etwa erst zu Hause und namentl. nach der notwendigen Zubereitung erfolgen sollte; so im wesentlichen übereinstimmend: RG. II 24. Feb. 80, 25. Apr., 13. Juni, 1. Juli 84, III 15. Okt. 85, E. 1 223, 10 308, R. 6 422, 488, 7 582, v. Liszt S. 441, H. Meyer S. 564, Oppenh.-D. N. 18, 19, Rüd.-St. N. 7, Rotering N. 54, Friedländer ZStrW. 11 415; aM. Meves N. 29, der sofortigen Genießbarkeit dürfe ein Hindernis nicht im Wege stehen. Entscheidend ist, daß der Wille des Täters nur auf Befriedigung eines augenblicklich vorhandenen Bedürfnisses o. Gelüstes gerichtet ist, so daß die Absicht des alsbaldigen Verbrauchs gerade bei der durch das Bedürfnis (besonders den Hunger) bzw. das Gelüste hervorgerufenen Tat selbst obwalten muß (vgl. jedoch Frank N. V 2), während es gleichgültig ist, ob die Absicht später zur Verwirklichung gelangte, insbs. wegen Größe der Quantität der Verbrauch in einer Mahlzeit nicht erfolgen konnte; so: zitt. RG. E. 10 308, R. 6 422, 7 582, RMG. II 14. Sept. 04 E. 7 234, Frank aO., Oppenh.-D. N. 19; vgl. dagegen Friedländer aO. 417.

Ausgeschlossen ist aber die Nr. 5 bei einer auf Veräußerung, namentl. Verkauf o. Schenkung, gerichteten Absicht, weil hier das etwa bestehende Bedürfnis nicht die entwendeten Objekte selbst betraf, sowie ferner bei einer auf Ansammeln eines Vorrates gehenden Absicht, weil hier ein künftiges Bedürfnis ins Auge gefaßt wird (was namentl. daraus erkennbar werden kann, daß der Täter mehr nahm, als zur Befriedigung seines augenblicklichen Bedürfnisses erforderlich); RG. zitt. E. 1 223, 10 308, R. 6 422, RMG. I 14. Juli 02 E. 3 135. Zutreffend wurde eine Entwendung zum alsb. Verbrauch verneint bei Wegnahme eines Kaninchens am Donnerstage behufs Verwendung als Sonntagsbraten, da ein augenblickliches Gelüste (Abs. 3) nicht in Frage stand; RG. I 8. Juni 03 G. 50 386; vgl. auch das eingangs zit. G. 48 300.

Andererseits aber steht, da lediglich der Zweck der Entwendung entscheidend ist, der Anwendung der Nr. 5 nicht entgegen, wenn, unter der Voraussetzung des Zweckes der Befriedigung eines augenblicklichen Bedürfnisses o. Gelüstes, der Täter den alsb. Verbrauch nicht durch sich allein, sd. durch andere, wie namentl. — aber nicht notwendig — seine Angehörigen o. Hausgenossen o. die Teilnehmer an der Tat o. in Gemeinschaft mit anderen bezweckt; so RG. II 26. Feb. 86 E. 13 371, v. Liszt S. 441, H. Meyer S. 564, Meves N. 32, Rüd.-St. N. 8, Friedländer aO. 416, Rotering N. 56, auch Hälschner 2 310 N. 3, jedoch mit der richtigen Einschränkung, daß nicht die Absicht, ein dem Verbrauche vieler dienendes Quantum zu entwenden, vorliegen dürfe, namentl. aber Frank N. V 2, der in völliger Übereinstimmung mit dem RG. sich befindet, während im übrigen z. T. die Einschränkung beigefügt wird, daß es um einen bloßen Mitgenuß anderer (§ 259 N. 13a) ohne eigenes Verfügungsr. sich handeln müsse; aM. Oppenh.-D. N. 19, jene Worte seien nur auf den eigenen Gebrauch des Täters, des Anstifters bzw. des Hausstandes zu beziehen.

Bei der Feststellung, ob eine Entwendung zum alsbaldigen Verbrauche vorliege, ist der Richter nicht auf den Einzelfall beschränkt, sondern er kann auch andere, gleichzeitige o. gleichartige, Fälle mit in Betracht ziehen; RG. II 25. Sept. 83 R. 5 545. Nur als Beweismoment für die fragliche Feststellung, nicht aber als Tatbestandsmoment, kann der bloße Glauben auf seiten des Mittäters bzw. Anstifters an einen solchen Verbrauch durch den anderen Mittäter bzw. den Täter bei gleichzeitiger Unterstellung der Möglichkeit einer anderweitigen Verwendung in Betracht kommen, da der alsbaldige Verbrauch vom Täter bezweckt sein muß, jede Zweckbestimmung aber notwendig eine bewußte ist, zit. RG. R. 7 102.

hα) Was das Verhältnis zum Diebstahl überhaupt betrifft, so kann, falls die Tatbestandsmerkmale eines solchen vorliegen, Nr. 5 nur dann Anwendung finden, wenn der den privilegierten Tatbestand der Entwendung bedingende strafvermind. Umst. (N. a) positiv festgestellt ist. Zu seiner Annahme bedarf es aber nicht der gesetzlichen Mehrheit der Stimmen, vielmehr kommt er dem Angekl. schon dann zustatten, wenn nicht die für Bejahung der Schuldfrage erforderliche Stimmenmehrheit das Vorhandensein des straf-

vermind. Umst. verneint; vgl. § 242 N. 36a, insbs. das das. zit. RG. E. 5 404. Die Feststllg. des strafvermind. Umst. muß übrigens nicht nur die Entscheidung der Beweisfrage, sondern auch die Subsumtion der konkreten Tatsachen unter das Strafgesetz enthalten, deshalb insoweit, als bei dieser Subsumtion rechtliche Bedenken obwalten können, auch die Rechtsgründe darlegen, von denen das Gericht bei seiner Entscheidung ausgegangen ist, da anderenfalls das gesetzliche Gebot der Beifügung von Urteilsgründen seinen Zweck nicht erfüllen würde; RG. II 13. Juni 84 R. 6 422.

β) Über das Verhältnis der Entwendung insbs. zum schweren Diebst. vgl., außer der allg. Bemerkung o. N. a$_3$, mit Rücksicht auf die konkrete Gestaltung im Einzelfalle § 243 N. 25 letzt. Abs., 61$_2$ sowie Friedländer ZStrW. II 403 ff.

γ) Soweit Forst- u. FeldpolizeiGes. (vgl. z. B. PrFFPG. § 18$_2$) einen Tatbestand enthalten, der an sich auch unter Nr. 5 fällt, gehen jene in Gemäßheit des EG. § 2$_2$ (das. N. 10b) — wie den Strafbestimmungen über den Diebst. (§ 242 N. 36b) — so auch denen über Entwendung vor; RG. I 5. März 96 E. 28 260 (btr. Württemb. PolizeistrafG. Art. 36 ^{a}), Frank N. v, Oppenh.-D. N. 25, Herbst G. 30 364, Rotering PrFFPG. (Berlin 1887) § 18 N. 7$_2$ u. PrFDG. (Berlin 1895) S. 28. Letzterer bemerkt deshalb für das Preuß. Recht zutreffend, daß bei Entwendung von Früchten (sc. wenn nicht FDG. Anwendung findet) der Tatbestand zuerst nach dem PrFFPG. § 18, dann nach § 370^5, endlich nach §§ 242 ff. zu prüfen sei.

iα) Idealkonk. (§ 73; s. o. N. a u. c) ist denkbar nicht nur mit versuchtem, einfachen o. schweren, Diebst. (§§ 242, 243, 43; RG. I 22. Apr. 97 E. 30 67), sondern auch mit vollendetem Diebst., wenn nach Lage des Falles zwischen dem auf Verübung eines gem. Diebst. u. dem auf Verübung eines Mundraubes gerichteten Vorsatz unterschieden werden kann; so RG. IV 25. März 02 G. 49 142, unter Hinweis auf den vom BStS. E. 14 312 (§ 243 N. 25 letzt. Abs.) beschlossenen Rechtssatz.

β) Realkonk. (§ 74) mit dem Verg. der Sachbschdgg. (§ 303) u. des Hausfriedensbr. (§ 123) liegt vor, wenn der Mundraub mittels Einbruchs und widerrechtlichen Eindringens in eine fremde Behausung ausgeführt wird; RG. II 29. Mai 88 R. 10 418.

k) Wegen der nach Abs. 2 der Nr. 5 eintretenden Straflosigkeit s. u. Schlußnote a, wg. des Erfordernisses des Strafantrags nach Abs. 2 des §. s. u. N. a zum Abs. 2.

Zu Nr. 6.

a) Nach den Ausführungen über die „Absicht rechtswidriger Zueignung" beim Diebstahl (insbs. § 242 N. 28) erscheint der Tatbestand der Nr. 6 (des sog. Futterdiebstahls) nicht als Diebstahl, weil die Zueignungsabsicht fehlt; so: Berner S. 731, Binding Lb. 1 317 (abweichend früher Normen 1 214 N. 10), v. Liszt S. 442 N. 10, Frank N. VI, Meves N. 41, Oppenh.-D N. 29, Rüd.-St. N. 21, Rotering GS. 36 530, Ziebarth Forstr. S. 371, auch Merkel HH. 3 652 N. 11 (nach dem positiven Reichsrecht, während richtiger die fehlende Bereicherungsabsicht — § 242 N. 35$_2$ — der Grund der Ausscheidung aus dem Diebstahlsbegriffe sei); ferner Hälschner 2 302, jedoch aus dem Grunde der mangelnden Vermögensbeschdgg. (§ 242 N. 35$_3$); aM. aber Birkmeyer Enzykl. S. 1175 (privileg. Diebst.). Dennoch kann nicht zweifelhaft sein, daß es um ein Verletzungsdelikt sich handelt; vgl. im übrigen btr. der Natur des Deliktes A. Schwarze Futterdiebst. S. 16 ff. Demnach ist nur die vorsätzliche Zuwiderhdlg. strafbar (T. I Abschn. 4 N. 4$_2$, Frank N. VI), so daß die „Wegnahme" — die hier, gleich der „Entwendung" in Nr. 5 (das. a), nicht im techn. S. zu verstehen ist (v. Liszt S. 442, Frank aO.) — erfolgen muß in Kenntnis des entgegenstehenden Willens des Eigentümers; so: Frank aO., Rotering N. 6, A. Schwarze aO. 375; aM. Binding Hb. 1 716, Meves N. 44 u. Dalcke G. 41 325, es werde mit „wider Willen" nur der Mangel der erforderlichen Einwilligung bezeichnet; vgl. jedoch einerseits § 269, andererseits § 220$_1$. Wenn übrigens die Wegnahme geschehen muß, „wider Willen des Eigentümers" (worunter auch der gutgläubige Besitzer bzw. der legitimierte Vertreter beider zu verstehen ist) „um dessen Vieh" damit zu füttern, so ist damit unbedingte Personenidentität erfordert, so daß die Nr. 6 nicht anwendbar ist, wenn z. B. dem Pächter Getreide genommen wird, um damit das Vieh des Verpächters zu füttern; Frank N. VI, Meves N. 43, Oppenh.-D. N. 33, A. Schwarze aO. 269 f. „Vieh" bezeichnet übrigens jede Art Vieh, d. h. alle

dem Menschen dienst- u. nutzbar gemachten u. in seinem Haushalte gehaltenen Tiere, einschließlich namentl. des Federviehs; Meves N. 48, Oppenh.-D. N. 31, Dalcke aO. Eine Beschränkung auf Groß- und Kleinvieh im landwirtschaftl. Sinne ist daher unstatthaft; so, außer Dalcke, Binding Lb. aO.; aM. A. Schwarze aO. 267 ff., wesentlich mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte.

b) Täter kann ein jeder („wer") sein, nicht nur eine Person im Dienste des Eigentümers; Berner S. 731, Meves N. 42, Oppenh.-D. N. 30, Rotering N. 6, A. Schwarze Futterdiebst. S. 264. In der von ihm verfolgten Absicht („um . . . zu") liegt das charakteristische Merkmal des Deliktes, während das Motiv, der verfolgte Endzweck, an sich gleichgültig ist; Nr. 6 findet daher namentl. auch bei selbstsüchtigen Motiven (z. B. dem der Eitelkeit) Anwendung; Meves N. 46, Rotering N. 6. Hiernach kommt es nicht darauf an, ob die Verfütterung an das Vieh des Eigentümers demnächst auch wirklich erfolgt ist; Berner aO., Meves N. 47, Oppenh.-D. N. 32, Rüd.-St. N. 21, A. Schwarze aO. 277. Ändert der Täter nach vollführter „Wegnahme" (§ 242 N. 21—25) seine Absicht und eignet er nunmehr die Gegenstände sich rechtswidrig an, so liegt Unterschl. (§ 246) vor; Frank N. VI; Diebst. (§ 242) erscheint wegen bereits vollzogener Wegnahme ausgeschlossen; aM. in letzterer Beziehung Meves N. 47, falls die Gegenstände noch in dem erweiterten Besitze des Eigentümers sich befänden. Dagegen ist es nicht Diebst. des Futters, wie Rotering N. 6 annimmt, sondern vielmehr Betrug (§ 263), falls der Täter zwar das Getreide des Eigentümers verfüttert, dagegen vorgibt, eigenes (gekauftes) Futter verfüttert zu haben, und solches sich bezahlen läßt; A. Schwarze aO. 279. Ebensowenig liegt Diebst. des Futters vor, sondern Unterschl. des Geldes, wenn der Kutscher, der vom Dienstherrn Geld erhalten hat, um damit während der Reise die Futterkosten zu bestreiten, die Pferde mit dem dem Dienstherrn weggenommenen Getreide füttert; Merkel HH. 3 652 N. 11, A. Schwarze aO.

Zu Absatz 2.

a) Wegen des in den Fällen der Nr. 5 u. 6 erforderlichen Strafantrages vgl. Abschn. 29 N. 6_2 sowie die §§ 61 ff. Antragsberechtigter ist im Falle der Nr. 6 lediglich der „Eigentümer" bzw. gutgläubige Besitzer (s. das. N. a sowie § 303 N. 13a), im Falle der Nr. 5 sowohl der „Eigentümer" als auch der „Inhaber"; vgl. dieserhalb § 247 N. 3a, insbs. die das. zitt. RG. R. 8 703, E. 19 378, beide btr. die Frage der Antragsberechtigung in dem Falle einer an einem Gegenstande der Beförderung auf einem Eisenbahnzuge begangenen Entwendung; aM. btr. Nr. 5 Friedländer ZStrW. 11 417, nur der Eigentümer.

b) Die Zurücknahme des Antrages, auf die übrigens § 64 (das. N. 1a) Anwendung findet, ist unbedingt statthaft.

Schlußnoten.

a) Wegen der Strafe vgl. Abschn. 29 N. 8. Wegen eintretender Straflosigkeit im Falle der Nr. 5 Unterabs. vgl. § 247_2 (N. 13). Da eine dem § 247_3 entsprechende Vorschrift hier nicht wiederholt ist, und von deren analogen Anwendung auf den Fall der Nr. 5 keine Rede sein kann, weil hier die Strafverfolgung schlechthin von einem Strafantrage abhängig gemacht ist (RG. IV 28. Apr. 96 E. 28 324, insbs. btr. der uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 64_2), so ist streitig, ob Teilnehmer und Begünstiger, die nicht in dem bezeichneten Verhältnisse zum Diebe stehen, straflos bleiben. Bezüglich der Begünstiger ist die Frage zweifellos zu verneinen (vgl. § 257 N. 32); dsgl. bezüglich der fremden Mittäter (§ 47), da nach dem Wortlaute des Gesetzes nur die von einer der bezeichneten Personen begangene Entwendung „straflos" bleibt; weil aber das Delikt selbst, die „Entwendung", straflos bleibt, so würde der „Anstifter" nur kraft besonderer Bestimmung strafbar sein können (§ 247 N. 14_2) und mangels einer solchen ist deshalb auch der fremde Anstifter straflos; so auch im Ergebnisse Frank N. v vorl. Abs.; aM. Oppenh.-D. N. 24 u. Rüd.-St. N. 15, die fremde Anstifter mit Rücksicht auf § 50 für strafbar halten, sowie Friedländer ZStrW. 11 407, der dies aus allg. Gründen tut.

b) Wegen Verjährung und Zuständigkeit vgl. Abschn. 29 N. 9 u. 10.

[1] Der dem, im RGBl. publizierten, Texte des StGB. beigefügte „Inhalt" ist oben Bd. 1 S. VII sowie Bd. 2 S. IV unter Nr. XVII in die Inhaltsübersicht aufgenommen worden.

Sachregister.

(Eine römische Zahl i. V. mit einer arabischen bezeichnet Teil und Abschnitt des StGB., im übrigen bezieh. die Zahlen, soweit nicht ein anderes angegeben, sich auf die Paragraphen des StGB. bzw. auf die Paragraphen oder Artikel der bezeichneten Gesetze.)

(C; siehe auch K. u. Z.)

D.

G.

J.

M.

P.

Q.

R.

U.

Nachträge und Berichtigungen.

Zum ersten Bande.

(Vgl. auch Bd. I S. 767.)

S. 49. Am Schluß der N. 15 füge hinzu: Berlin (KG.) 5. Jan. 05 Jahrb. 29 C 18 (Bestrafung einer Steuerhinterziehung nach Aufhebung der btr. GemeindestO.).

S. 64 Z. 8 v. o. Hinter dem Zitat von Binding Hb. 1 428 füge hinzu: Lb. 2 424 N. 1.

S. 75. Zu § 8 N. 2 vgl. wg. des in Neutral-Moresnet geltenden Strafrechts RG. I 18. Dez. 05 E. 38 .

S. 113 N. 6 Z. 10 v. o. Hinter dem Zitat von Binding füge hinzu: Lb. 2 381.

S. 122 Z. 1 v. u. Vor „Berlin" schalte ein: RG. I. 23. Nov. 05 E. 38 215 (btr. § 146₂).

S. 130 Z. 2 v. o. ist am Schlusse des Abs. 1 der N. 9 hinzuzufügen: So insbs. auch die Gelder, die ein Buchmacher auf den Rennplatz in der Absicht mitbringt, mit ihnen den bei ihm Wettenden die Gewinne auszuzahlen, also damit das Gewerbe des Glücksspiels zu betreiben (§ 284); RG. II 30. Sept. 02 E. 35 391.

N. 9 Abs. 2 am Schlusse hinzuzufügen: III 7. Juli 00 G. 47 382, insbs. für den Fall eines fortgesetzten Verg.; aM. I 30. März 05 G. 52 256 für den Fall der §§ 294, 295.

S. 154 N. 12 Z. 4 v. o. hinter dem Zitat des GVG. ist einzuschalten: (F. v. 5. Juni 05), während das. Z. 3 v. u. „25 M." abzuändern ist in: „150 M."

S. 157 f. N. 7a. Vgl. RG. IV 1. Dez. 05 E. 38 223: Der Ausdruck „Täter" umfasse auch die Teilnehmer; i. F. der Nr. 2 seien die Voraussetzungen dieser Bestimmungen hinsichtl. des Gehilfen gegeben, wenn durch ihn ein die Vollendung der Haupttat hinderndes Hemmnis bereitet werde (in Beschränkung des zit. RG. R. 9 724).

S. 158 letzte Z. hinter der Parenthese einzuschalten: mit diesen Urteilen setzt sich aber in Widerspruch II 16. Feb. 05 E. 37 402, wonach gerade die Beweggründe den Ausschlag geben und das entscheidende Gewicht darauf gelegt wird, ob Täter sich gezwungen oder frei gefühlt habe; vgl. dazu Lindenberg DJZ. 10 777 (der neuen Entsch. zustimmend).

S. 170 Z. 13 v. o. Dem Zitate des RMG. füge hinzu: I 10. Aug. 04 E. 7 198.

S. 172 N. 15 letzte Z. füge hinzu: RMG. I 10. Aug. 04 E. 7 198.

S. 181 Z. 17 v. o. füge hinter dem Zitat von Binding hinzu: Lb. 2 856.

S. 181 N. 14. Die Klammer am Schluß des letzten Absatzes hat zu lauten: „(so: Binding Grundr. S. 136, Frank N. III 4; aM.: zit. RG. E. 15 315, Finger 1 351, v. Liszt aO., Kohler aO. S. 122)."

S. 182 N. 17a letzte Zeile füge hinzu: RG. IV 12. Dez. 05 E. 38 248.

S. 187 § 49. Zur Strafbarkeit der „Beihilfe" durch Raterteilung vgl. RG. III 29. Juni 05 E. 38 156.

S. 195. Zu § 49a vgl. Binding Lb. 2 860 ff.

S. 214 N. 7a Z. 7 v. o. füge den Zitaten hinzu: RMG. II 8. Okt. 04 E. 7 285 (unter Einschränkung der Ausdrucksweise in E. 2 232, 235).

S. 221 N. 12c vgl. auch RG. II 19. Juni 05 E. 38 123.

S. 224 N. 24 Abs. 1 Z. 8 v. u. zwischen „aber" u. „Oppenh.-D." schalte ein „: RG. III 16. Nov. 05 E. 38 242".

S. 227 Z. 7 v. o. statt „BGB. § 128" lies „BGB. § 228".

S. 227 N. 8 Abs. 1. Den Zitaten in der letzten Z. ist hinzuzufügen: Binding Lb. 2 751, 765 N. 2, 777.

S. 243 N. 20 Abs. 1 füge hinzu: Die Vergehen solcher Personen sind durchweg überweisungsfähig; GVG. § 75[14a] (F. v. 5. Juni 05).

S. 251. Zwischen den § 292 u. § 302 btr. Urteilen ist einzufügen:
§ 300: RG. II 16. Mai 05 E. 38 62 (Irrt. eines Arztes über Inhalt u. Tragweite ärztl. Berufspflichten).

S. 252. N. 2 I ist am Schlusse hinzuzufügen: g. PostG. § 27[2]: I 24. Nov. 98 E. 31 344.

S. 259. Am Schlusse des vorl. Abs. ist dem Zitat des RMG. hinzuzufügen: II 17. Sept. 04 E. 7 248.

S. 260 Z. 2 v. o. ist auf dieses Urteil zu verweisen.

S. 262 letzt. Abs. ist hinzuzufügen zum PostG.: § 27[1] RG. IV 14. Feb. 05 E. 37 389; § 27[2]: II 6. Apr. 00 E. 33 241.

S. 264 N. 1 Z. 2 v. o. füge am Schlusse des Satzes ein: RG. II 6. Okt. 05 E. 38 182.

S. 264 N. 2. Vgl. RG. I 26. Juni 05 G. 52 398.

S. 267 N. 15 füge am Schlusse hinzu:
e) Zur anderweiten Festsetzung der Anrechnung der Uhaft ist das Revisionsgericht nach StPO. § 394 befugt; das o. S. 264 N. 2 nachgetragene RG. I G. 52 398.

S. 297 Z. 9 v. o. statt „PO. § 415_3" lies „PO. § 414_3".

S. 300 N. 15 Z. 7 v. u. ist dem Zitate des RG. hinzuzufügen: IV 10. Apr. 05 E. 38 34.

S. 311 N. 15 IIa. Dresden OLG. hat unter der Herrschaft des neuen Allg. BauG. v. 1. Juli 00 seine frühere abweichende Ansicht aufgegeben und dem RG. sich angeschlossen; U. v. 19. Jan. 05 SächsA. 26 393, nachdem bereits das U. v. 24. Juni 03 SächsA. 25 396 eine teilweise Schwenkung zugunsten der Baumeister (Leiter) gemacht.

S. 317 Z. 4 v. u. Hinter „So:" schalte ein: RMG. I 16. Juni 04 E. 7 107.

S. 334 N. 9 Abs. 1. Vgl. RMG. III 7. Okt. 04 E. 7 283.

S. 335 N. 10 am Schlusse (d) füge hinzu: eines Diebst. zum Zwecke der Verwertung des durch ihn erlangten Geheimnisses i. S. des UnlWettbewerbsG. § 9_2 (RG. IV 3. März 05 G. 52 248).

S. 345. Das Z. 5 v. u. zit. RG. E. 32 439 muß für unrichtig erachtet werden, weil die Geldstr. des § 265 Hauptstrafe ist.

S. 348 N. 36b. Z. 3 v. u. ist hinzuzufügen: RMG. II 16. März 04 E. 6 297.

S. 357 N. 5 Abs. 1 Z. 4 v. u. ist den Zitaten des RG. hinzuzufügen: III 2. März 05 E. 38 1.

S. 365. Zu T. II Abschn. 1 vgl. Binding Lb. 2 418 ff.

S. 399 N. 2. Über die Frage, ob dem DR. die Gegenseitigkeit in Rußland verbürgt ist, vgl. RG. II 6. Mai 05 E. 38 75.

S. 410 Z. 13 v. u. Dem Zitat des RG. füge hinzu: II 7. Feb. 05 E. 37 380.

S. 416 N. 5. Zum Rechtsbegriff der Öffentlichkeit vgl. RG. I 13. Nov. 05 E. 38 207.

S. 424 N. 2b. Z. 3 v. o. hinter „so:" schalte ein: RG. III 11. Dez. 05 G. 53 .

S. 438. Zu N. 19c vgl. RG. II 28. Nov. 05 E. 38 218 btr. die örtliche Zuständigkeit Württemb. Forstschutzbeamten zur Vornahme von Durchsuchungen.

S. 446 N. 30. Über das Verhältnis des PrFFPG. § 17[1] zu den §§ 113, 117 vgl. RG. II 23. Mai 05 E. 38 69.

S. 447. Im letzten Abs. schalte ein:
ein Gewerbegericht als „Einigungsamt" (GewerbegerichtsG.); III 5. Juni 05 G. 52 394.

S. 448 N. 1b füge hinzu:
der „Vorstand" einer Ortskrankenkasse; II 14. Apr. 05 E. 38 17.

S. 466 N. 10a. Vgl. entsprechend RG. IV 7. März 05 G. 52 250.

S. 472 N. 2f. Dem Zitat des RG. füge hinzu: I 29. Dez. 04 E. 37 366, das auch im übrigen zu vergleichen.

S. 490 N. 17 letzt. Abs. vgl. RG. IV 3. Juni 05 G. 52 390 (auch ohne ausdrückliche Übertragung des Hausrechts ist ein Verein in bezug auf ihm zwecks Abhaltung einer Festlich-

keit zur ausschließlichen Benutzung überlassene Räume eines Wirtshauses Dritten gegenüber als Berechtigter anzusehen).

S. 492 N. 25 Z. 7 v. o. schalte hinter den Entsch. des RG. ein: München ObersteLG. 30. Dez. 04 E. 5 192.

S. 494 N. 29. Der letzte Abs. ist jetzt dahin zu fassen:
Zuständig ist SchöffenG.; GVG. § 27² u. § 27³ᵇ (F. v. 5. Juni 05).

S. 553 N. 2 aE. Dem Zitate des RMG. füge hinzu: II 21. Sept. 04 E. 7 251.

S. 555 § 145 N. 2. An Stelle der Verordnungen v. 9. u. 10. Mai 1897 ist getreten die SeestraßenO. v. 5. Februar 1906 (RGBl. 120).

S. 557 N. 2 Z. 3 v. o. Hinter dem Zitat schalte ein: insbs. also auch Grundschuldbriefe auf den Inhaber (RG. V ZS. 18. Jan. 05 E. ZS. 59 381).

S. 570 Z. 1 v. u. statt „v. Liszt aO. N. 1" lies: „v. Liszt S. 588 N. 1".

S. 574 N. 9. Vgl. RG. II 16. Juni 05 E. 38 102 (btr. § 163), der in Abwesenheit eines Gerichtsschreibers entgegen ZPO. § 165 i. V. mit §§ 807, 899 abgenommene Offenbarungseid ist ein „auferlegter Eid".

S. 585 N. 2. Vgl. RG. I 11. Mai 05 G. 52 389, soweit es nicht reichsrechtl. geschehen, bestimmt die Landesgesetzgebung sowohl die Form der eidesstattl. V., wie auch die zu ihrer Entgegennahme zuständige Behörde; das „Handgelübde" der bad. Sondergesetze ist eine eidesstattl. V. i. S. des § 156.

S. 587 N. 4b füge am Schlusse hinzu: ferner Sachsens: die Amtshauptmannschaften, auch in reinen Verwaltungssachen (IV 10. Nov. 05 E. 38 209).

S. 597 Z. 6 v. o. hinter dem Zitat des RG. schalte ein: RMG. II 22. Juni 04 E. 7 151.
letzte Z. füge hinzu: RG. IV. 1. Juli 04 G. 51 405.

S. 599 N. 2. Vgl. RG. III 6. Feb. 05 G. 52 245.

S. 602 N. 1 Abs. 2. Vgl. jetzt auch RG. II 31. Jan. 05 E. 37 395.

S. 603 N. 2 Eingang. Vgl. hier gleichfalls das zu N. 1_2 nachgetragene RG. E. 37 395 sowie III 3. Juni 05 G. 52 391, die Fahrlssgkt. kann, jedenfalls wenn die Protokollierung der Zeugenaussage u. deren Genehmigung durch den vernommenen Zeugen gesetzlich geboten erscheint (ZPO. §§ 160 ff.), darin gefunden werden, daß der Zeuge beim Diktat u. Verlesen des seine Aussage richtig wiedergebenden Protokolles nicht genügend aufgepaßt u. seine falsche Aussage deshalb nicht berichtigt hat.

S. 603. Zu N. 2 Eingang vgl. RG. I 23. März 05 G. 52 254: wenn in einem Verfahren gg. mehrere Angekl. ein Zeuge in der irrt. Annahme, sein Zeugnis werde nur bezügl. der Anklage gg. einen Angekl. gefordert, die Mitteilung von Tatsachen unterläßt, die einen anderen Angekl. betreffen, so kann s. eidl. Versicherung, nichts verschwiegen zu haben, auch bei Vermeidlichkeit des Irrt. nicht als fahrl. f. Eid angesehen werden. Vgl. ferner RG. I 7. Dez. 05 G. 53 , ein Zeuge als solcher ist begriffsmäßig nicht verpflichtet, selbsttätig zur Überführung des Angeklagten mitzuwirken (StPO. §§ 61, 68).

S. 603 N. 2a Z. 9 v. o. füge hinter den Zitaten des RG. ein: RMG. II 17. Sept. 04 E. 7 245.

S. 607 Z. 8 v. o. schalte hinter „GM." ein: insbs. RMG. III 17. Juni 04 E. 7 120.

S. 609 N. 8 aE. Vgl. RG. IV 24. März 05 G. 52 253, der Grundsatz, daß eine wissentl. f. A. bei einer mehrere strafb. Handlgen btr. Anzeige dann vorliege, wenn die Voraussetzungen des §. auch nur hinsichtl. eines dieser Tatbestände gegeben sind, findet entsprechende Anwendung, falls Dienstverg. den Gegenstand der A. bilden, selbst wenn nach der Disziplinargesetzgebung die Strafe einheitlich festzusetzen ist; RG. IV 24. März 05 G. 52 253.

S. 610. Zu N. 10 Abs. 2 vgl. RG. III 9. Feb. 05 G. 52 246, es finde § 164 nicht Anwendung, wenn die einem Organ erstattete Anzeige zurückgenommen werde, ehe sie an die Behörde weitergegeben, auch dann nicht, wenn das btr. Organ infolge dienstl. Verpflichtung die Anzeige doch noch an die Behörde weitergibt.

Z. 18 v. o. ist hinter „sei" einzuschalten: ähnlich II 28. März 05 E. 38 26 btr.

der Berliner Polizeireviere, insbs. der sie in Straff. vertretenden Kriminalwachtmeister im Verhältnis zum PolPräsidium.

Zu N. 11 vgl. RG. III 8. Mai 05 G. 52 388.

S. 611 N. 12 Z. 5 v. o. schalte hinter den Zitaten des RG. ein: RMG. III 17. Juni 04 E. 7 120.

S. 634. Zu N. 3b vgl. RG. III 2. Okt. 05 G. 53 .

S. 645 N. 8c. Am Schlusse füge hinzu: RG. III 18. Dez. 05 G. 53 .

S. 648 u. 650. Zu N. 7 u. 9 vgl. RG. II 10. Okt. 05 E. 38 173.

S. 650 N. 9d. Vgl. RG. III 30. Jan. 05 E. 37 372, weder von der Rechtskraft, noch von der Kenntnisnahme der die Rechtskraft begründenden Tatsachen, sd. von dem Zeitpunkt, zu dem dem Berechtigten der Eintritt der Rechtskraft zum Bewußtsein kam. Ferner: RG. II 2. Jan. 06 E. 38 , daraus, daß die Antragsfrist erst mit der Kenntnis von der Tatsache der Rechtskraft des Scheidungsurteils beginne, folge nicht, daß der ohne diese Kenntnis, aber in Kenntnis des Ehebruchs gestellte Strafantrag, falls er zu einer die Verfolgung zulassenden Zeit durch den Eingang bei der StA-schaft rechtliche Bedeutung erlangte, wirkungslos sei.

S. 658 N. 14bβ. Vgl. RG. IV 23. Mai 05 E. 38 66 über die Frage, inwiefern der Ehefrau die Eigenschaft als „Erzieherin“ zukomme, wenn die Erziehung auf. des Pr. FürsorgeerziehungsG. formell dem Ehemanne übertragen ist.

S. 667 N. 16a Z. 3 v. u. füge hinter den Zitaten des RG. ein: IV 3. März 05 G. 52 249.

S. 678 N. 9 vgl. RG. IV 19. Jan. 06 G. 53 : auch der Ehefrau liegt gemäß der durch BGB. § 1356 für sie begründeten Rechte und Pflichten zur Leitung des gemeinsamen Haushalts die rechtl. Verpflichtg. zur Verhinderung des Unzuchtsbetriebes im Haushalt ob.

S. 681 N. 16 Abs. 1 Ziff. 3 v. o. füge hinter „werden“ ein: woneben Geldstr. zulässig bleibt; RG. I 3. Apr. 05 G. 52 .

N. 16 letzt. Z. ist jetzt zu fassen:

Zuständig ist Strafk. bzw. SchöffenG.; GVG. § 75³ (F. v. 5. Juni 05).

S. 687 Z. 6 u. 14 v. o. ergänze „G. 51 “ durch die Seitenzahl „401“.

S. 688 Z. 3 v. o. ergänze „G. 51 “ durch die Seitenzahl „411“.

S. 694 N. 3 Z. 3 v. o. füge dem Zitat des RMG. hinzu: I 25. Aug. 04 E. 7 211.

S. 696 N. 10 Z. 2 v. o. schalte hinter „§ 183:“ ein: RMG. I 25. Aug. 04 E. 7 211.

S. 698 N. 3b vorl. Z. stelle in die Lücke ein: 85.

S. 700 N. 8. Vgl. RG. IV 3. Juni 05 E. 38 71, die nur „zum Zwecke der Verbreitung“ einer Druckschrift vorgenommenen fr. Handlungen können, wenn die Strafverfolgung wg. der geschehenen Verbreitung, durch Verjährung ausgeschlossen ist, nicht mehr als unverjährt zur Verfolgung gezogen werden.

S. 700 N. 8b u. S. 702 N. 13 vgl. RG. I 26. Okt. 05 E. 38 202.

S. 701 N. 10₂. Wg. des Begriffs des „Überlassens“ vgl. München ObersteLG. 23. Sept. 02 E. 3 30 (btr. § 367³).

S. 702 N. 13 Z. 6 v. o. füge dem Zitat des RG. hinzu: II 11. Apr. 05 E. 38 16; vgl. dazu auch I 26. Okt. 05 E. 38 202.

S. 717 N. 2b Z. 7 v. o. füge den Zitaten des RG. hinzu: RMG. I 11. Apr. 04 E. 7 72.

S. 720 N. 6a sowie S. 721 N. 6. Vgl. RG I 13. Nov. 05 E. 38 207 zum Rechtsbegriff der Öffentlichkeit, insbs. bei öffentl. Beleidiggen, sowie über die Frage, inwieweit es zulässig, hartnäckiges Leugnen der Straftat seitens des Angekl. bei der Strafzumessung als strafmehrenden Umst. zu berücksichtigen.

S. 723 N. 3. Am Schlusse füge hinzu: Der mit der Behauptung verfolgte Zweck ist an sich für den Tatbestand gleichgültig, kann jedoch in subj. Richtung einen Rückschluß gewähren; RMG. I 11. Juli 04 E. 7 169.

S. 728 N. 9 letzt. Abs. füge am Schlusse hinzu: Unzulässig ist es dagegen, den Betrag desselben Schadens in mehrere Bußen zu zerlegen u. den einen von mehreren zu

Strafe Verurteilten für den einen, den anderen für den anderen Teil haftbar zu erklären; RG. II 31. Jan. 05 E. 37 400.

S. 732 N. 4 Z. 10 v. o. Zwischen „so:" u. „Hälschner" schalte ein: Jena OLG. 5. Jan. 05 ThürBl. 52 264.

S. 739. Zu N. 6 Abs. 2 vgl. RG. II 4. Nov. 04 G. 52 85 sowie IV 12. Dez. 05 E. 38 251.

S. 740 zu N. 6c vgl. RG. I 26. Juni 05 E. 38 131, btr. Auskunft seitens des Leiters eines Schutzvereins an ein Nichtmitglied, der ein berechtigtes Interesse nachwies und dem deshalb nach Gepflogenheit entgeltlich Auskunft erteilt wurde.

S. 750 N. 3b vgl. RG. II 14. Apr. 05 E. 38 17, N. 4 vgl. RMG. I 8. Apr. 04 E. 7 70.

S. 754. In N. 9 zu § 196 schalte vor dem zit. München ein: RG. III 10. Mai 00 G. 47 295.

S. 758. Zu § 199 N. 1 vgl. Dresden OLG. 26. Mai 04 SächsA. 26 457: Die Beleidgg. muß eine wirkliche, nicht nur vermeintliche sein.

S. 767. In den Nachträgen zu: S. 196 u. S. 227 ergänze die Lücken durch „84".

S. 768. In den Nachträgen zu: S. 272 ist die Lücke durch „82", S. 474 durch „366", S. 597 durch „405" zu ergänzen.

Zum zweiten Bande.

S. 807. Zu § 219 i. V. mit § 49a vgl. RG. I 26. Juni 05 E. 38 133.

S. 824 Z. 17 v. u. statt „§ 232" lies „§ 233".

S. 830 N. 8_1 vgl. RG. FS. 9. Sept. 05 G. 52 .

S. 846 N. 5 am Schlusse der Z. 4 v. u. füge hinzu: andererseits wurde die Anwendung dieses §. i. F. des Verlustes des Daumens einer der beiden Hände gebilligt: RG. I 23. Nov. 05 G. 53 .

S. 877 N. 1 letzte Z. u. S. 879 N. 2 Abs. 1 letzte Z. ergänze die Lücken durch „399".

S. 886 Z. 12 u. 13 v. o. in der Parenthese füge hinzu: vgl. insbs. RG. IV 10. Nov. 05 G. 53 , btr. BGB. § 561, bei dem die einschränkenden Voraussetzungen des BGB. § 229 ausgeschlossen sind.

S. 912 Z. 1 v. o. ergänze die Lücke durch „397".

S. 922 Z. 4 v. u. ergänze die Lücke durch „385".

S. 929 N. 23 Z. 1 v. o. füge hinter der Klammer ein: RG. I 5. Okt. 05 G. 53 .

S. 943 N. 61 Abs. 1 vgl. RG. II 22. Sept. 05 E. 38 177.

S. 953 N. 7. Zu Abs. 4 vgl. RG. IV 13. Jan. 05 G. 52 243 sowie IV 16. Dez. 05 G. 53 .

S. 1033 Z. 3 v. o. streiche „Thomsen".

S. 1044 N. 34 I ist unter Hinweis auf RG. I 22. Juni 05 G. 52 397 eine lit. c einzuschalten.

S. 1045 N. 37 ist zu vgl. RG. III 5. Juni 05 E. 38 108 (eine Vermögensbeschädgg. bejahend).

S. 1055. Zu N. 53 vgl. RG. III 16. Okt. 05 E. 38 192 btr. Betrugsversuch durch Präsentation eines unterschlagenen Wechsels beim Domiziliaten zur Bezahlung.

S. 1063 N. 2a aE. vgl. RG. III 16. Okt. 05 E. 38 190 btr. Untr. eines Zwangsverwalters durch unbef. Aneignung vereinnahmter Mietzinsen, als Benachteiligung der durch die Revenüen gebildeten Vermögens-(Sequestrations-)Masse als Sachbegriff.

S. 1066 N. 4c. Verwalter eines in Zwangsverwaltung befindlichen Grundstücks ist „Sequester" i. S. der Nr. 1; RG. III 16. Okt. 05 E. 38 190.

S. 1068 N. 8a vorl. Z. stelle in die Lücke ein: 246.

S. 1069 N. 9b vgl. RG. II 1. Dez. 05 E. 38 btr. Untreue begangen durch Einziehung einer Forderung.

S. 1077 N. 5 Abs. 2 Z. 3 v. o. streiche: „aM. Binding aO.".

S. 1081 Z. 6 v. o. stelle in die Lücke ein: 255.
Z. 8 v. o. stelle in die Lücke ein: 145.

S. 1082 N. 10 Abs. 1. Vgl. RG. I 30. Nov. 05 E. 38 220 über das Verhältnis der Privaturk. zur öffentlichen.

S. 1084 N. 13a. Vgl. jedoch jetzt RG. III 13. Nov. 05 E. 38 211 btr. den Absendervermerk auf dem Abschnitt einer telegraph. Postanweisung (Eigenschaft einer beweiserhebl. Privaturk. bejaht).

S. 1087 Z. 5 v. o. stelle in die Lücke ein: 257.

N. 19 Abs. 3 (bzw. S. 1088 N. 20). Vgl. RG. IV 12. Dez. 05 E. 38 248, der den nach der Bek. des BR. vom 4. März 96 btr. den Betrieb von Bäckereien rc. Nr. 4 (erlassen gemäß GewerbeO. § 120e) auf der in der Betriebsstätte auszuhängenden Kalendertafel anzubringenden Zeichen über stattgehabte Überarbeit den Charakter einer beweiserhebl. Privaturk. abspricht.

S. 1112 Z. 10 v. u. statt „Nach dem zit. RG. E. 12 62" lies: „Nach RG. IV 3. März 85 E. 12 62".

S. 1123 N. 8 Z. 7 v. o. u. S. 1125 N. 10a letzte Z. stelle in die Lücke ein: 244.

S. 1127 f. N. 1, 2. Vgl. RG. II 1. Dez. 05 E. 38 , die von der ägypt. Zollverwaltung hergestellten u. den ägypt. Zigarettenfabrikanten zur Verwendung als Ursprungszeugnisse überlassenen Marken sind Stempelmarken i. S. der Nr. 1.

S. 1129 N. 5 Z. 15 v. o. stelle in die Lücke ein: „385".

S. 1171 N. 23 vgl. RG. III 25. Jan. 06 E. 38 btr. des subj. Tatbestandes beim Tatbestand der KonkursO. § 240[3].

S. 1207 Z. 11 v. u. sowie S. 1213 Z. 18 v. u. stelle in die Lücken ein: „227".

S. 1216 Z. 5 v. u. stelle in die Lücke ein: „390".

S. 1275 Z. 21 v. o. stelle in die Lücke ein: „399".

S. 1289 Z. 1 v. o. stelle in die Lücke ein: „389".

5/18/08

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

